



UNIDROIT | FIDA
Guide juridique sur les
CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN
TERRES AGRICOLES

Institut international pour l'unification du droit privé
Fonds international de développement agricole
Rome, 2025

Citation recommandée

UNIDROIT et FIDA. 2025. *Guide juridique sur les contrats d'investissement en terres agricoles UNIDROIT/FIDA*. Rome.

Illustration et conception de la couverture: Humera Alvi/Hamza Hameed

Photo de couverture: Tim Mossholder

Le présent Guide juridique sur les contrats d'investissement en terres agricoles UNIDROIT/FIDA est une publication conjointe de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et du Fonds international de développement agricole (FIDA).

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part d'UNIDROIT et du FIDA aucune prise de position quant au statut juridique ou au stade de développement des pays, territoires, villes ou zones ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites. La mention de sociétés déterminées ou de produits de fabricants, qu'ils soient ou non brevetés, n'entraîne, de la part d'UNIDROIT ou du FIDA, aucune approbation ou recommandation desdits produits de préférence à d'autres de nature analogue qui ne sont pas cités. Les opinions exprimées dans cette publication ne reflètent pas nécessairement les vues et les politiques d'UNIDROIT ou du FIDA.

ISBN 978-88-86449-56-4

© UNIDROIT et FIDA, 2025

UNIDROIT et le FIDA encouragent l'utilisation, la reproduction et la diffusion des informations figurant dans cette publication. Sauf indication contraire, le contenu peut être copié, téléchargé et imprimé aux fins d'étude privée, de recherches ou d'enseignement, ainsi que pour utilisation dans des produits ou services non commerciaux, sous réserve de mentionner correctement comme source et titulaires du droit d'auteur UNIDROIT/FIDA et à condition qu'il ne soit sous-entendu en aucune manière que UNIDROIT/FIDA approuveraient les opinions, produits ou services des utilisateurs.

Toute demande relative aux droits de traduction ou d'adaptation, à la revente ou à d'autres droits d'utilisation commerciale doit être adressée par courriel à publications@unidroit.org.

Les produits d'information d'UNIDROIT sont disponibles sur le site Internet d'UNIDROIT (<http://www.unidroit.org>) et peuvent être achetés par courriel adressé à publications@unidroit.org.

Les produits d'information du FIDA sont disponibles sur le site Internet du FIDA (www.ifad.org).

AVANT-PROPOS

Il est essentiel d'investir davantage et plus judicieusement dans l'agriculture afin de parvenir à la sécurité alimentaire, à une nutrition adéquate et à la réduction de la pauvreté. Pour attirer les investissements agricoles, de nombreux gouvernements et communautés locales ont conclu des contrats d'investissement en terres agricoles (CITA) dans le but de transférer le droit d'utiliser – dans certains cas par la vente, mais plus communément par un bail à long terme – de grandes parcelles de terre à des investisseurs et de leur accorder un droit foncier étendu et des droits connexes. En pratique, la mise en œuvre de certains de ces contrats peut être problématique, révélant diverses lacunes et engendrant parfois des effets plus négatifs que positifs. Dans ce contexte, ces contrats ont donné lieu à d'intenses débats.

Les Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale (VGGT) et les Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires (Principes RAI du CSA), approuvés par le Comité de la sécurité alimentaire mondiale (CSA) en 2012 et 2014 respectivement, définissent des principes et des normes pour la promotion de la sécurité des droits fonciers et l'accès équitable aux terres et pour la promotion d'investissements agricoles responsables qui soutiennent la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate et la protection de l'environnement. Dans le cadre de la promotion d'un plus grand respect des droits fonciers, il existe une pléthore de modèles opérationnels ainsi que divers aménagements contractuels, dont chacun présente des avantages et des inconvénients différents. Cependant, le processus de préparation, de négociation et de mise en œuvre des contrats d'investissement en terres agricoles dans le respect de ces principes et normes peut s'avérer complexe et présenter des défis pour les investisseurs, les gouvernements et les communautés locales.

Conscients des défis contractuels liés à la mise en œuvre des VGGT et des Principes RAI du CSA et considérant l'importance d'améliorer la connaissance du régime juridique applicable aux opérations d'investissement en terres agricoles, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et le Fonds international de développement agricole (FIDA) ont élaboré le présent Guide juridique UNIDROIT/FIDA sur les contrats d'investissement en terres agricoles (le Guide CITA).

Le Guide CITA est le deuxième instrument international adopté dans le domaine du droit privé et du développement agricole, après la fructueuse collaboration trilatérale entre UNIDROIT, la FAO et le FIDA, en matière d'agriculture contractuelle. En s'appuyant sur les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (Principes d'UNIDROIT ou UPICC, sigle en anglais) et le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur l'agriculture contractuelle, le Guide CITA vise à fournir des conseils concis

Avant-propos

et novateurs pour améliorer ces contrats et rendre opérationnels les principes et normes internationaux établis par les VGGT et les Principes RAI du CSA, ainsi que par les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (Principes directeurs des Nations Unies).

Un Groupe de travail a été constitué sous les auspices d'UNIDROIT en 2017, comprenant des juristes de renommée internationale, des avocats praticiens, des représentants d'organisations internationales, des représentants de l'agroalimentaire et d'autres parties prenantes. L'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) a participé à toutes les réunions avec plusieurs représentants et a apporté une contribution utile tout au long du processus. Le groupe s'est réuni en personne à Rome à quatre reprises, ainsi que deux fois virtuellement pour discuter et rédiger le Guide CITA. Les experts de renom qui ont contribué au processus d'élaboration du Guide sur trois ans sont représentatifs de milieux et de cultures juridiques différents. En outre, afin de proposer un instrument d'orientation de haute qualité qui réponde aux besoins réels et soit conforme aux meilleures pratiques établies, des consultations larges ont été organisées au cours de l'année 2019 avec les parties prenantes à Pékin (Chine), São Paulo (Brésil), Nairobi (Kenya), ainsi que par le biais de consultations en ligne, notamment des forums clés, tels que le Forum global sur la sécurité alimentaire et la nutrition (Forum FSN, organisé par la FAO), et le LandPortal.org.

Conformément aux VGGT et aux Principes RAI du CSA, le Guide CITA encourage les investissements à la fois par les petits exploitants agricoles et avec eux, ainsi que les partenariats avec les petits exploitants et les communautés locales. Plutôt que de proposer aux investisseurs des transactions définitives de droits fonciers et droits connexes par le biais de ventes, le Guide CITA encourage des modèles alternatifs d'investissement agricole impliquant une transaction pour une période de temps déterminée, tels que les baux. Le Guide CITA fournit un cadre qui peut être utilisé lors de l'élaboration de contrats, de politiques nationales, de cadres réglementaires et de programmes de responsabilité sociale des entreprises, de manière responsable et inclusive.

Nous tenons également à remercier tous ceux qui ont soumis des commentaires, formulé des suggestions et contribué, à différents stades, à l'élaboration du présent Guide.

Nous sommes convaincus que le Guide CITA sera un outil pratique et un point de référence pour un large éventail d'utilisateurs impliqués dans le développement agricole, et nous espérons qu'il contribuera à créer des relations plus responsables, équitables et durables dans le domaine des investissements en terres agricoles.

Ignacio Tirado
Secrétaire Général
UNIDROIT

Katherine Meighan
Conseillère juridique
FIDA

GROUPE DE TRAVAIL CHARGÉ DE PRÉPARER LE GUIDE JURIDIQUE SUR LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES

PRINCIPAUX CONTRIBUTEURS À LA RÉDACTION DU GUIDE

UNIDROIT

Experts

José Antonio MORENO RODRIGUEZ — Avocat, ALTRA Legal, Professeur de droit (*Président du Groupe de travail*)

Lorenzo COTULA — Chercheur principal, Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), Professeur invité à la Faculté de droit de l'Université de Strathclyde

Daryono DARYONO — Professeur de droit, Universitas Terbuka, Jakarta

Virgilio DE LOS REYES — Doyen, Faculté de droit, Université De La Salle, Manille

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON — Juge au Conseil d'État, Agrégée des facultés de droit et ancienne Professeure à l'Université Panthéon-Assas, Paris 2

James GATHII — Wing-Tat Lee Chaire en droit international et Professeur de droit, Faculté de droit de l'Université Loyola de Chicago

Jean HO — Professeur associé, Faculté de droit, Université Nationale de Singapour

Pierre Etienne KENFACK — Professeur de droit, Université de Yaoundé 2

Yuliya PANFIL — Directrice du Programme *New America's Future of Property Rights*

*Secrétariat d'UNIDROIT*¹

Ignacio TIRADO — Secrétaire Général

Anna VENEZIANO — Secrétaire Générale adjointe

Marina SCHNEIDER — Fonctionnaire juridique principale et Dépositaire des traités

¹ Sous la direction de José Angelo ESTRELLA FARIA, Ancien Secrétaire Général, le travail du Secrétariat a été dirigé par Neale BERGMAN - ancien fonctionnaire juridique senior et Frédérique MESTRE - ancienne fonctionnaire juridique principale.

*Groupe de travail chargé de préparer le Guide juridique sur les contrats
d'investissement en terres agricoles UNIDROIT/FIDA*

Carlo DI NICOLA — Fonctionnaire juridique senior

Priscila PEREIRA DE ANDRADE — Fonctionnaire juridique

**ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ALIMENTATION ET
L'AGRICULTURE (FAO)**

Margret VIDAR — Fonctionnaire juridique, Division Droit et Développement,
Bureau Juridique

Yannick FIEDLER — Fonctionnaire chargé de programmes (équipe RAI)

Francesca ROMANO — Responsable des régimes fonciers à la FAO (équipe
VGGT)

FONDS INTERNATIONAL DE DÉVELOPPEMENT AGRICOLE (FIDA)

Charles FORREST — Fonctionnaire juridique senior

José Gabriel RODRIGUEZ-RICO — Fonctionnaire juridique

Harold LIVERSAGE — Spécialiste technique principal en matière de régime
foncier

Giulia BARBANTE — Spécialiste technique en matière de régime foncier

**AUTRES PARTICIPANTS AUX SESSIONS DU GROUPE DE
TRAVAIL**

FAO

Rachel ZUROFF — Stagiaire, Division Droit et Développement

Coalition internationale pour l'accès à la terre

Luca CHINOTTI — Conseiller en politique globale

Cristina TIMPONI CAMBIAGHI — Responsable de la coordination thématique

Organisation Mondiale des Agriculteurs (OMA)

Paul BODENHAM — Conseiller juridique

David G. VELDE — Vice-Présidente de l'Union nationale des agriculteurs des
États-Unis et membre du Conseil d'administration de l'OMA

Secteur privé

Brian BALDWIN — *International Agri-food Network*, Secrétariat du
mécanisme du secteur privé du Comité des Nations Unies de la
sécurité alimentaire mondiale

Columbia Center for Sustainable Investment (CCSI)

Kaitlin Y. CORDES — Responsable des terres et de l'agriculture

Institut international du développement durable (IISD)

Carin SMALLER — Directrice, *Agriculture, Trade and Investment for the
Economic Law and Policy Program*

Sarah BREWIN — Conseillère, *Agriculture and Investment for the Economic
Law and Policy Program*

Organisation de la société civile

Yohannes BELAY — Représentante de *Welthungerhilfe*, Éthiopie

Représentant d'État

Veronika VANIŠOVÁ — Chef du Département 'règlement de la propriété',
Section économique et juridique, Ministère de l'agriculture,
République tchèque

Autres participants

Caroline PLANÇON-RODRIGUEZ — Consultante senior des questions
foncières à la Banque mondiale, Chargée de cours à la Faculté
de droit de l'Université Paris 1 — Panthéon Sorbonne

Maël DESCHAMPS — Assistante personnelle du Président du Groupe de
travail / Ancienne boursière d'UNIDROIT

Naoyuki OKANO — Doctorant (Droit comparé et politique), Université de
Nagoya

Lucas ADOMEIT — Stagiaire, UNIDROIT

Gabriella BOGER-PRADO — Stagiaire, UNIDROIT

Flaminia D'ORSO — Stagiaire, UNIDROIT

Gabrielle LATASTE — Stagiaire, UNIDROIT

Zhaoyan LIU — Stagiaire, UNIDROIT

Jasper LUBETO — Stagiaire, UNIDROIT

Beyza ÖLCER — Stagiaire, UNIDROIT

Pierre RAIMBOURG — Stagiaire, UNIDROIT

Carlo VENTURI — Stagiaire, UNIDROIT

Yixin XU — Stagiaire, UNIDROIT

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

ADC	Accords de développement communautaire
AII	Accord international d'investissement
BM	Banque mondiale
CCSI	Columbia Center on Sustainable Investment
CDI	Commission du droit international
CEA-ONU	Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies
CEE-ONU	Commission économique pour l'Europe des Nations Unies
CESCR	Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CITA	Contrat d'investissement en terres agricoles
CPLCC	Consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPI	Cour pénale internationale
CSA	Comité de la Sécurité alimentaire mondiale
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
DDL & com.loc.	Détenteurs de droits fonciers légitimes et communautés locales
DNUDPA	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones
DPI	Droits de propriété intellectuelle
EES	Évaluation environnementale stratégique
EIE	Évaluation d'impact environnemental
EIDA	Évaluation de l'impact sur le droit à l'alimentation
EIDH	Étude d'impact sur les droits de l'homme

Liste des abbréviations et acronymes

EIS	Évaluation d'impact social
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
FIDA	Fonds international de développement agricole
GJAC	Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur l'agriculture contractuelle
HCDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
IIDD	Institut international de développement durable
IIED	Institut international pour l'environnement et le développement
ISO	Organisation internationale de normalisation
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
ODD	Objectifs de développement durable
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OSC	Organisation de la société civile
PAM	Programme alimentaire mondiale des Nations Unies
PCN	Point de contact national
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
RAI CSA	Principes du CSA pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires
RSE	Responsabilité sociale des entreprises
SFI	Société Financière Internationale
UE	Union européenne
UICN	Union internationale pour la conservation de la nature

Liste des abréviations et acronymes

UNEP	Programme pour l'environnement des Nations Unies
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
UPICC	Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international
VGGT	Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	iii
GROUPE DE TRAVAIL	v
LISTE DES ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES	ix
TABLE DES MATIÈRES	xiii
INTRODUCTION	1
I. LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES ET LES INVESTISSEMENTS AGRICOLES RESPONSABLES	1
II. UN BREF APERÇU DE L'OBJECTIF ET DU PROCESSUS DE DÉVELOPPEMENT DU GUIDE CITA	4
III. UN APERÇU DU CHAMP D'APPLICATION DU GUIDE CITA	7
IV. LES FORMES CONTRACTUELLES COUVERTES DANS LE GUIDE CITA	10
V. LES PARTIES ET ACTEURS IMPLIQUÉS DANS LES CITA	12
VI. UN RÉSUMÉ DU CONTENU DES DIFFÉRENTS CHAPITRES DU GUIDE CITA	14
CHAPITRE 1 LE CADRE JURIDIQUE	19
I. LES SOURCES DE DROIT	22
A. Sources internes	22
B. Sources internationales	25
II. LES DOMAINES PERTINENTS DU DROIT	28
CHAPITRE 2 PARTIES CONTRACTANTES ET AUTRES PARTIES PRENANTES: STRUCTURES CONTRACTUELLES	35
I. LA NOTION DE DÉTENTEURS DE DROITS FONCIERS LÉGITIMES	35
II. PARTIES CONTRACTANTES ET AUTRES PARTIES PRENANTES	37
A. Les investisseurs	41
B. Les concédants	43
C. Les détenteurs de droits fonciers légitimes en tant que parties contractantes	45
D. Les autres parties prenantes	45
III. LES STRUCTURES CONTRACTUELLES	47
A. Les contrats multipartites	47

Table des matières

B.	Les accords de développement communautaire	49
C.	Les contrats avec les détenteurs de droits fonciers légitimes comme tiers bénéficiaires	51
CHAPITRE 3 LES QUESTIONS PRÉCONTRACTUELLES IMPORTANTES DANS LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES		53
I.	LA DILIGENCE REQUISE	53
II.	LES CONSULTATIONS	55
A.	La qualité des consultations	55
B.	Le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC)	58
III.	LES ÉTUDES DE FAISABILITÉ, LES PLANS DE DÉVELOPPEMENT, LES PROJETS D'INVESTISSEMENT ET L'ÉVALUATION DES TERRAINS	60
A.	Les études de faisabilité	60
B.	Les plans de développement	62
C.	Les propositions d'investissement	64
D.	L'évaluation des terrains	66
IV.	LES ANALYSES D'IMPACT	70
A.	L'impact environnemental	73
B.	L'impact social	74
C.	L'impact sur les droits de l'homme	75
V.	LA FORMATION DU CONTRAT	82
A.	Les négociations	82
1.	Validité	84
2.	Représentation et assistance dans les négociations	86
B.	Forme, contenu et conditions	88
CHAPITRE 4 DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES		92
I.	LE RÉGIME FONCIER	93
A.	L'identification des terres	94
B.	Les droits fonciers et les droits connexes	95
1.	Droits fonciers	96
2.	Octroi de droits connexes	99
a)	Accès aux installations et aux services	99
b)	Infrastructure	100

Table des matières

c)	Importation, exportation, accès au marché et transport	104
C.	Le développement de projets	105
D.	Durée et renouvellement	108
II.	LES QUESTIONS SOCIALES ET ÉCONOMIQUES	110
A.	Les contributions monétaires	112
B.	Création d'emplois, accès à l'emploi et droits du travail	115
C.	Relation avec l'économie locale et transformation	119
D.	L'agriculture contractuelle, les programmes de sous-traitance et les relations dans la chaîne d'approvisionnement	123
E.	Fonds de développement communautaire et infrastructures sociales	127
III.	L'ENVIRONNEMENT	128
A.	Considérations générales	129
B.	Les enjeux et les obligations	129
IV.	LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET L'AUTONOMIE RÉGLEMENTAIRE	136
A.	L'expropriation	138
B.	La sécurité physique	140
C.	Stabilisation et sécurité des droits	140
V.	LA MISE EN ŒUVRE ET LE SUIVI	142
A.	La mise en œuvre	143
1.	Permis et licences	144
2.	Assurances	145
3.	Garanties de bonne exécution	145
4.	Garanties de bonne exécution environnementale	146
5.	Notification et examen périodique	147
B.	Le suivi	148
1.	Accords	149
2.	Rapports et transparence	151
a)	Investisseurs	152
b)	Concédants	153
c)	Informations confidentielles	155

CHAPITRE 5	GESTION DE LA RELATION CONTRACTUELLE PENDANT LA MISE EN ŒUVRE: INEXÉCUTION ET MOYENS CONTRACTUELS	157
I.	CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	158
II.	CAS EXCUSÉS DE RESPONSABILITÉ	161
A.	La force majeure	162
1.	Événements constitutifs de force majeure	163
2.	Conséquences de la reconnaissance de la force majeure	165
B.	Les changements de circonstances	166
C.	Les considérations concernant les contrats entre investisseur et gouvernement	169
III.	LES MOYENS EN CAS DE CONTRAVENTION AU CONTRAT	170
A.	Le rôle du comportement de la partie lésée	170
B.	Aperçu des moyens	172
1.	Moyens en nature	172
2.	Moyens pécuniaires	176
a)	Réduction de prix	176
b)	Domages-intérêts	177
c)	Intérêts et indemnités de retard	179
3.	Renégociation et adaptation du contrat	180
4.	Résiliation	181
C.	Cas d'inexécution et moyens correspondants dans le contexte des contrats d'investissement en terres agricoles	183
1.	Moyens du concédant et des détenteurs de droits fonciers légitimes et communautés locales (DDL et com. loc.) pour l'inexécution par l'investisseur de ses obligations	184
	OBLIGATIONS RELATIVES AUX DROITS FONCIERS	184
2.	Moyens de l'investisseur pour l'inexécution par le concédant de ses obligations	191
CHAPITRE 6	TRANSFERT DES DROITS ET OBLIGATIONS EN VERTU DU CONTRAT ET RESTITUTION DES DROITS FONCIERS	193
I.	LE TRANSFERT	193
A.	Légalité de la validité du transfert et efficacité du transfert, formalités requises et restrictions	196

Table des matières

B.	Transfert de la personne de l'investisseur	201
C.	Importance de la divulgation	203
II.	RESTITUTION DES TERRES EN FIN DE CONTRAT ET RÉSILIATION DU CONTRAT	203
A.	Conditions de la restitution	204
B.	Coûts et responsabilités	209
	CHAPITRE 7 MÉCANISMES DE RÉCLAMATION ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	211
I.	LES MÉCANISMES DE RÉCLAMATION	212
II.	LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	220
A.	Considérations d'ordre général	221
B.	Règlement non judiciaire des différends	224
1.	Avis d'experts	224
2.	Négociation et médiation	225
3.	Arbitrage	227
C.	Règlement judiciaire des différends	232
1.	Tribunaux nationaux	234
2.	Tribunaux régionaux et internationaux	235
III.	EXÉCUTION DES RÈGLEMENTS OU DÉCISIONS RÉGLANT UN DIFFÉREND	236
	ANNEXE I - RÉCAPITULATIF DES QUESTIONS CLÉS	238
	ANNEXE II – INDEX	253

INTRODUCTION

I. LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES ET LES INVESTISSEMENTS AGRICOLES RESPONSABLES

Intro. 1. Il faut de plus grands volumes d'investissements responsables pour atteindre les Objectifs de Développement Durable (ODD) ² qui visent à améliorer les conditions de vie des personnes tout en protégeant l'environnement. Le défi du développement durable est de savoir comment répondre "aux besoins des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs" ³. On estime à 140 milliards USD l'investissement annuel supplémentaire - y compris de la part des autorités publiques et des investisseurs du secteur privé - nécessaire pour l'agriculture et le développement rural afin de réaliser, entre autres, l'Objectif 1 (Pas de pauvreté) et l'Objectif 2 (Faim zéro) ⁴. Les investissements du secteur privé dans l'agriculture peuvent potentiellement contribuer au développement agricole et rural, mais seulement s'ils sont réalisés de manière responsable et s'ils favorisent des systèmes de production durables ainsi qu'un accès sûr et équitable aux terres, aux ressources et aux moyens de subsistance.

Intro. 2. Un certain nombre d'instruments internationaux volontaires, tels que les "Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale" (VGGT) et les "Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires" du Comité de la sécurité alimentaire (CSA) (Principes RAI du CSA), définissent des principes et des normes internationalement acceptées pour des pratiques responsables et fournissent des cadres pour l'élaboration

² Ces objectifs font partie du Programme de développement durable à l'horizon 2030, adopté lors du sommet des Nations Unies sur le développement durable le 25 septembre 2015.

³ Voir le concept de développement durable tel que proposé par le Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement: Notre avenir à tous (Rapport Brundtland). Commission mondiale sur l'environnement et le développement. 1987. Rapport Brundtland (en anglais), Chapitre 1, Section 3, para. 27.

⁴ Le montant total des investissements annuels supplémentaires (y compris les secteurs non agricoles et la protection sociale) nécessaires pour atteindre les ODD 1 et 2 est estimé à 265 milliards USD. Voir FAO, FIDA, et Programme Alimentaire Mondial (PAM). 2015. Objectif Faim Zéro: Le rôle crucial des investissements dans la protection sociale et l'agriculture, pp. iv-v.

Introduction

de stratégies, de politiques et de lois. Ces instruments d'orientation reconnaissent que les investissements responsables peuvent jouer un rôle important dans le renforcement de la sécurité alimentaire, l'éradication de la faim et de la pauvreté, et le soutien à la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate, qui est intrinsèquement lié à d'autres droits de l'homme, tels que le droit à la santé, à la vie, à l'éducation, ainsi qu'à l'emploi. Mais ils fixent également les paramètres clés d'une conduite responsable des entreprises.

Intro. 3. Selon ces instruments internationaux non contraignants, l'investissement responsable dans l'agriculture nécessite un engagement soutenu dans un large éventail de domaines, notamment le respect de l'égalité de genre, la participation des jeunes, l'amélioration des opportunités de moyens de subsistance durables, en particulier pour les petits exploitants et les membres des groupes marginalisés et vulnérables, la création d'emplois décents pour les travailleurs agricoles et alimentaires, l'éradication de la faim et de la pauvreté, la promotion de l'égalité sociale, la promotion de la participation et de l'intégration, et l'augmentation de la croissance économique ⁵. En outre, les investissements responsables "ne devraient pas nuire, devraient comporter des mesures de sauvegarde contre la privation de droits fonciers légitimes et contre les dommages environnementaux" ⁶. Si les États doivent promouvoir et réglementer la conduite responsable des entreprises, les investisseurs ont également la responsabilité "de respecter la législation et la réglementation nationales et de reconnaître et respecter les droits fonciers d'autrui et les principes de l'État de droit" ⁷.

Intro. 4. La nécessité de rehausser à la fois la quantité et la qualité des investissements concerne différents segments des chaînes de valeur agricoles (par exemple, les intrants, la production, l'agrégation, la transformation et la distribution). En cherchant à attirer les investissements dans la production et la transformation agricoles, certains gouvernements et communautés ont conclu avec des investisseurs diverses formes de contrats d'investissement en terres agricoles (CITA). Bien que ces contrats varient considérablement tant dans leur contenu que dans leur processus,

⁵ Comité de la sécurité alimentaire mondiale (CSA). 2014. Les Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires (Principes RAI du CSA), para. 1.

⁶ FAO. 2012. Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale (VGGT), para. 12.4.

⁷ FAO. 2012. VGGT, para. 12.12.

ils ont généralement pour effet de transférer aux investisseurs des droits fonciers étendus – dans certains cas la propriété foncière, mais plus communément des droits de location ou d'utilisation à long terme – ainsi que divers droits connexes. Selon le cas, ces transactions à grande échelle peuvent concerner un grand nombre de personnes (et leurs droits fonciers)⁸.

Intro. 5. Bien que les investissements en terres agricoles puissent jouer un rôle dans l'amélioration de la production et de la transformation agricole, un grand nombre de ces investissements ont déplacé les droits fonciers et les stratégies d'utilisation des terres existants, et ont suscité des conflits concernant des revendications foncières et des visions de développement concurrentes. Cela s'explique en partie par le fait que, dans de nombreuses situations, les CITA ont été négociés ou mis en œuvre d'une manière qui ne reconnaît pas efficacement les systèmes locaux de régime foncier, n'engage pas tous les détenteurs de droits fonciers ou ne parvient pas à équilibrer correctement les différents objectifs politiques (par exemple, promouvoir la sécurité alimentaire et l'égalité de genre, sauvegarder les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes, protéger l'environnement et stimuler la croissance économique). Il existe une multitude de modèles économiques, ainsi qu'une série de configurations contractuelles différentes, qui permettent aux investisseurs de collaborer avec les petits exploitants ruraux. Chaque modèle présente des avantages et des inconvénients différents, et une adéquation variable à des productions, des écologies et des contextes socio-politiques divers, et le caractère équitable dépend en fin de compte des conditions spécifiques de la collaboration. Il est essentiel d'examiner attentivement l'approche et les conditions les plus appropriées pour garantir à la fois un investissement responsable et la viabilité économique de l'entreprise.

Intro. 6. Lorsque des investissements en terres agricoles ont lieu, des contrats bien pensés – tout comme les cadres juridiques dans lesquels ces derniers s'inscrivent – peuvent aider à relever certains des défis. Par exemple, les parties potentielles ou contractantes peuvent envisager et, si nécessaire, intégrer des dispositions dans le contrat pour rehausser la probabilité que les avantages escomptés se concrétisent et que les impacts négatifs soient évités ou atténués. Elles peuvent également structurer le processus de conclusion de contrats de manière à permettre le respect des

⁸ Les termes "à grande échelle" ne sont pas absolus, et ce qui peut être qualifié de "investissement foncier à grande échelle" dépend, entre autres, de l'État dans lequel l'investissement est réalisé et du contexte de cet investissement.

droits fonciers légitimes et à maximiser les possibilités de participation du public à la prise de décision. Dans cette optique, les démarches de préparation et d'exécution de toutes les phases d'un contrat d'investissement sont essentielles pour parvenir à un résultat positif. Les instruments internationaux non contraignants fournissent des paramètres clairs de conduite responsable des entreprises, et ceux-ci ont des implications directes sur la manière dont les CITA sont développés et formulés. Toutefois, il existe peu d'indications sur la manière de mettre en œuvre ces instruments dans les contrats d'investissement et les processus contractuels.

Intro. 7. En conséquence, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et le Fonds international de développement agricole (FIDA) ont décidé de poursuivre leur collaboration dans le domaine du droit privé et du développement agricole, qui a débuté par l'élaboration et l'adoption d'un Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur l'agriculture contractuelle en 2015 ⁹, afin d'élaborer conjointement un deuxième guide juridique – le Guide juridique UNIDROIT/FIDA sur les contrats d'investissement en terres agricoles (le Guide CITA).

Intro. 8. Les sections suivantes présentent (I) un bref aperçu de l'objectif et du processus de développement du Guide CITA, (II) un aperçu du champ d'application du Guide CITA, (III) les formes contractuelles couvertes, (IV) les parties et acteurs impliqués dans les CITA, et (V) un résumé du contenu des différents chapitres du Guide.

II. UN BREF APERÇU DE L'OBJECTIF ET DU PROCESSUS DE DÉVELOPPEMENT DU GUIDE CITA

Intro. 9. S'appuyant sur l'expertise d'UNIDROIT en droit privé, en particulier dans le domaine du droit des contrats, ainsi que sur l'expertise juridique et politique du FIDA dans les domaines du régime foncier et des investissements agricoles, le Guide juridique UNIDROIT/FIDA sur les contrats d'investissement en terres agricoles fournit des conseils et des orientations

⁹ Les travaux d'UNIDROIT dans le domaine du droit privé et du développement agricole et la collaboration avec la FAO et le FIDA trouvent leur origine dans un colloque sur la "Promotion des investissements dans la production agricole: Aspects de droit privé" (8-10 novembre 2011). En 2015, les trois organisations ont adopté un Guide juridique sur l'agriculture contractuelle élaboré conjointement. Pour plus d'informations sur le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur l'agriculture contractuelle, veuillez consulter le site web d'UNIDROIT à la page: <https://www.unidroit.org/fr/etudes/agriculture-contractuelle>.

Introduction

sur la relation contractuelle entre les parties au CITA, ainsi que sur les relations avec les autres parties prenantes. Il couvre chaque étape du processus, des différentes phases précontractuelles à la conclusion de ces investissements, y compris l'exécution, la rupture et la résiliation du contrat.

Intro. 10. Les orientations fournies dans le présent Guide suivent et renforcent le consensus international entériné dans un certain nombre d'instruments clés concernant les régimes fonciers, les investissements agricoles, les droits de l'homme et les principes généraux du droit des contrats, qui sont eux-mêmes le résultat de consultations internationales vastes et approfondies. Ces instruments sont les suivants:

- les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (les Principes directeurs des Nations Unies), approuvés par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies en mai 2011 qui visent à prévenir, traiter et remédier aux violations des droits de l'homme commises dans le déroulement des opérations commerciales;
- les VGGT, approuvées par le CSA en mai 2012, qui visent à promouvoir les droits fonciers et l'accès équitable aux terres, aux pêches et aux forêts en tant que moyen d'éliminer la faim et la pauvreté, de contribuer au développement durable et de protéger l'environnement;
- les Principes RAI du CSA, approuvés par le CSA en octobre 2014, qui encouragent les investissements responsables pour améliorer la sécurité alimentaire et la nutrition, soutenant ainsi la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate;
- le Guide juridique sur l'agriculture contractuelle (GJAC), élaboré en coopération entre UNIDROIT, la FAO et le FIDA et adopté en 2015 comme outil pour créer un environnement favorable, équitable et durable pour l'agriculture contractuelle; et
- les Principes d'UNIDROIT de 2016 relatifs aux contrats du commerce international (UPICC) qui représentent une codification ou une reformulation internationale des principes généraux du droit des contrats ¹⁰.

¹⁰ Le Guide fera occasionnellement référence aux Principes d'UNIDROIT dans le texte comme étant représentatifs des principes généraux du droit des contrats, sans

Introduction

Intro. 11. Conformément à ces instruments, le Guide CITA encourage les investissements réalisés par et avec les petits exploitants agricoles, ainsi que les partenariats avec eux et les communautés locales. Plutôt que de proposer aux investisseurs des transactions définitives de droits fonciers et droits connexes, le Guide encourage des modèles alternatifs d'investissements agricoles impliquant une transaction pour une période de temps déterminée. En particulier, le Guide vise à fournir des orientations contractuelles - d'une manière cohérente avec les VGGT, les Principes directeurs des Nations Unies et les Principes RAI du CSA - pour promouvoir des investissements plus responsables en soutenant, entre autres, les investissements des petits exploitants et les investissements sensibles au genre, et en recommandant l'adoption de clauses de sauvegarde qui renforcent la sécurité alimentaire et la nutrition, visent à éliminer la pauvreté, protègent contre la dépossession des détenteurs de droits fonciers légitimes, protègent contre les risques environnementaux et favorisent le respect des droits de l'homme. Le Guide souligne également clairement que les contrats ne peuvent pas nécessairement traiter de tous les problèmes possibles et que, dans de nombreux cas, il est préférable que certaines questions soient traitées principalement ou exclusivement dans le cadre du droit national.

Intro. 12. Le Guide CITA s'adresse aux parties et aux conseils juridiques qui s'engagent dans la préparation, la négociation, la mise en œuvre et la révision des CITA. Le Guide peut également servir de référence utile pour d'autres acteurs, notamment les législateurs, les décideurs politiques, les fonctionnaires, les autorités publiques, les juges, les arbitres, les médiateurs, les organisations de services juridiques d'intérêt public, les organisations communautaires, les sociétés de droit et les organisations internationales de développement. Le Guide a été élaboré par un Groupe de travail, mis en place sous les auspices d'UNIDROIT, qui s'est réuni quatre fois en personne entre 2017 et 2018, ainsi que deux fois en ligne en 2019, et qui a réuni des experts juridiques de renom, des universitaires, des représentants de diverses organisations internationales et d'autres parties prenantes du secteur agricole et agroalimentaire, issus de différents milieux et cultures juridiques ¹¹.

avoir l'intention de faire référence à leur application directe. De plus amples informations sur les UPICC, y compris le texte et un aperçu, sont disponibles sur le site web d'UNIDROIT à l'adresse: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-French-i.pdf>.

¹¹ Les rapports des réunions, y compris les résumés des délibérations du Groupe de travail et les listes des participants, sont disponibles sur le site web

Intro. 13. Le processus de rédaction a été inclusif et transparent; le Secrétariat d'UNIDROIT, ainsi que le FIDA et les membres du Groupe de travail, ont participé à diverses conférences et manifestations pour faire connaître le Guide et solliciter les contributions des parties prenantes, comme la conférence annuelle de la Banque mondiale sur la terre et la pauvreté, le Comité sur la sécurité alimentaire mondiale (43^{ème}, 44^{ème} et 45^{ème} sessions plénières), la réunion annuelle de l'Association internationale du barreau (*International Bar Association* - IBA) et la Semaine du Droit, de la Justice et du Développement de la Banque mondiale (Semaine LJD). En outre, le processus de préparation du Guide CITA a également pris en compte les précieuses recommandations reçues lors des consultations¹² et ateliers organisés en 2019¹³.

III. UN APERÇU DU CHAMP D'APPLICATION DU GUIDE CITA

Intro. 14. Le Guide reconnaît que de nombreux CITA sont négociés avec une consultation, une transparence ou une responsabilité limitée, ce qui conduit souvent à des arrangements contractuels qui violent les droits fonciers légitimes ou qui ne tiennent pas suffisamment compte des dimensions sociales, environnementales ou économiques en jeu. En cherchant à améliorer le processus de conclusion des contrats et les contrats eux-mêmes, le Guide examine comment identifier et impliquer équitablement toutes les parties et acteurs concernés et comment structurer et rédiger les contrats qui en résultent de manière à ce qu'ils concrétisent efficacement le consensus international reflété dans les

d'UNIDROIT pour le projet sur les contrats d'investissement en terres agricoles à l'adresse: <https://www.unidroit.org/fr/current-studies-fr/contrats-en-terres-agricoles>.

¹² Le processus de consultation sur le projet de Guide a englobé une série d'activités telles que des événements régionaux en Asie, en Amérique latine et en Afrique, ainsi que des consultations en ligne. Du 1^{er} juin au 31 octobre 2019, le projet de Guide a été diffusé pour commentaires dans le cadre d'une consultation en ligne organisée sur le site web d'UNIDROIT, ainsi que sur un certain nombre d'autres plateformes en ligne importantes, notamment le Forum global sur la sécurité alimentaire et la nutrition (FSN Forum) hébergé par la FAO, le LandPortal.org, et le site web Afronomics law. Les commentaires ont également été reçus par les réseaux sociaux d'UNIDROIT, de la FAO et du FIDA. Tous les rapports de consultation sont disponibles sur le site web d'UNIDROIT.

¹³ Une réunion du comité de rédaction s'est tenue en mars 2020 pour examiner et traiter les commentaires reçus tout au long du processus de consultation. Mme Margret Vidar, M. Lorenzo Cotula et M. James Gathii sont grandement remerciés pour leurs contributions. En particulier, M. Lorenzo Cotula a apporté une contribution inestimable sur plusieurs chapitres et son implication mérite une reconnaissance spéciale.

Introduction

Principes directeurs des Nations Unies, les VGGT et les Principes RAI du CSA. L'accent est mis sur les CITA d'une durée déterminée (par exemple, les baux, les accords de concession, les partenariats public-privé). Le Guide n'encourage pas le transfert de terres à grande échelle et exclut de son champ d'application les ventes de terres agricoles pour deux raisons principales. Premièrement, dans de nombreuses juridictions, les transactions à durée déterminée sont connues pour être plus courantes que les ventes puisque, par exemple, la propriété des terres peut demeurer entre les mains de l'État ou il peut être interdit aux investisseurs étrangers de posséder des terres. Deuxièmement, contrairement aux ventes, les transactions foncières limitées dans le temps impliquent des obligations permanentes entre le concédant du titre de propriété et les investisseurs qui reçoivent ces droits en échange d'un paiement et d'autres obligations, ce qui nécessite des dispositions contractuelles efficaces pour préciser les droits et obligations des parties pendant la durée du contrat.

Intro. 15. Ces orientations peuvent s'appliquer à des investissements de différentes tailles et aux investisseurs nationaux et étrangers. Elles peuvent également être utilisées pour soutenir le développement des capacités au sein des gouvernements et pour sensibiliser les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales à leurs droits. Un CITA peut être constitué d'un seul contrat ou d'une série de contrats. Dans ce dernier cas, les contrats peuvent se rapporter à diverses étapes du processus d'investissement et peuvent comprendre des accords connexes. Dans le cadre de la promotion de modèles économiques inclusifs, le Guide CITA couvre les dispositions qui visent à partager les bénéfices de l'investissement avec les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, que ce soit par le biais de dispositions contractuelles ou d'accords connexes. Il s'agit notamment des accords de développement communautaire ou des *trusts*, des dispositions relatives à l'emploi local, des exigences en matière de contenu ou d'approvisionnement, ainsi que des programmes de plantations satellites dans lesquels, de manière générale, les agriculteurs situés sur la zone d'investissement ou à proximité s'engagent dans une agriculture contractuelle avec les investisseurs.

Intro. 16. Le Guide CITA met en évidence les thèmes clés, décrit les termes communs des contrats, aborde les questions qui peuvent se poser dans différents systèmes et contextes juridiques et illustre la manière dont ces contrats peuvent être traités de manière à promouvoir un investissement responsable dans les terres agricoles, tout en cherchant à éviter ou à minimiser les impacts négatifs au niveau social, environnemental et

Introduction

économique. Les orientations fournies, cependant, ne visent pas à promouvoir les transactions de droits fonciers et connexes auprès des investisseurs, et ne doivent pas être interprétées de manière à interférer avec les règles nationales impératives. Bien que le Guide n'ait pas été conçu pour fournir un modèle ou encourager l'adoption d'une législation spéciale par les gouvernements, dans la mesure où le Guide identifie les problèmes et indique des solutions possibles, il pourrait néanmoins fournir des informations utiles à prendre en compte lors de l'adoption de dispositions réglementaires ou législatives traitant des CITA et des aspects connexes.

Intro. 17. La discussion et l'analyse juridique tout au long du Guide suivent une approche concrète basée sur les principes et les pratiques des contrats, les opérations d'investissement réelles et les contributions d'un large éventail d'experts dans des domaines tels que le droit des contrats, le régime foncier, l'investissement agricole responsable, les droits de l'homme et la protection de l'environnement. Étant destiné au plus grand nombre, de cultures et traditions juridiques différentes, le Guide CITA ne fournit pas une analyse complète du droit comparé et s'abstient de faire des références spécifiques aux lois nationales de chaque État et de citer des études de cas ou des exemples de clauses contractuelles. Il fait plutôt référence aux instruments internationaux pertinents et aux documents d'orientation promulgués par les organisations intergouvernementales. De cette manière, le Guide illustre, dans la mesure du possible, les règles obligatoires et des règles supplétives qui peuvent être applicables par analogie, mais comprend également des références aux principes, normes et bonnes pratiques contractuelles internationales. Même si celles-ci ne sont pas obligatoires, les parties doivent en être conscientes et s'y conformer car elles reflètent le consensus international sur le régime foncier, l'investissement agricole et les domaines connexes et sont favorables à l'investissement responsable et durable.

Intro. 18. En raison de la grande diversité des CITA, le Guide maintient un certain niveau de généralité concernant les différentes questions qui peuvent se poser dans la pratique. En effet, les CITA doivent être adaptés en fonction de nombreux facteurs (par exemple, les lois et règlements applicables, y compris s'ils sont appliqués ou suffisants; la nature du ou des titulaires de la tenure qui concluent le contrat; l'emplacement de la terre et le produit agricole à produire). Il existe de nombreuses options à prendre en compte, et aucun contrat ne contient les mêmes dispositions ou n'aborde toutes les questions de manière identique. En adoptant une approche concrète, le Guide cherche à être complet en termes de couverture des

principales questions, tout en évitant la duplication des orientations existantes en incluant des références à d'autres instruments internationaux et documents d'orientation promulgués par des organisations intergouvernementales.

IV. LES FORMES CONTRACTUELLES COUVERTES DANS LE GUIDE CITA

Intro. 19. Tout en reconnaissant que le concept de CITA peut être très large, dans le contexte du présent Guide, il fait référence à un contrat ou une série de contrats interdépendants impliquant une transaction de droits fonciers et connexes pour une période de temps déterminée (à l'exclusion des ventes) entre les investisseurs et les concédants de ces droits (par exemple, des baux ou des accords de concession), ainsi que des accords connexes entre les investisseurs et d'autres parties prenantes telles que les communautés locales (par exemple, un accord de développement communautaire). En pratique, comme nous le verrons plus loin (voir le Chapitre 4.I.B), le droit foncier peut être détenu par des individus, des familles, des sociétés ou des groupes et peut comprendre un ou plusieurs droits au sein d'un "ensemble de droits" (par exemple, le droit d'occuper, d'utiliser, de développer, de jouir et de retirer des avantages de la terre, le droit de restreindre l'accès d'autres personnes à la terre, ou le droit de gérer, de vendre ou de léguer la terre)¹⁴. La propriété foncière ne doit pas nécessairement être formellement reconnue dans le droit écrit du système juridique national. Certains détenteurs de droits fonciers légitimes, par exemple, peuvent voir leurs droits sur la terre reconnus par des coutumes et des pratiques non écrites. De plus, il faut noter que les CITA peuvent concerner des terres agricoles qui ne sont pas nécessairement utilisées pour la production de nourriture mais qui peuvent servir à d'autres fins, telles que la production de bioénergie agricole.

Intro. 20. D'emblée, il est important de reconnaître - en accord avec les VGGT et les Principes RAI du CSA - que le Guide encourage les modèles alternatifs d'investissements agricoles qui n'impliquent pas de contrat de bail à grande échelle de très longue durée ni de transactions définitives de droits fonciers et connexes pour les investisseurs. Cela concerne les investissements réalisés par et avec les petits exploitants agricoles, ainsi que les partenariats avec eux et les communautés locales, comme par

¹⁴ FAO. 2016. La gouvernance responsable des régimes fonciers et le droit: un guide à l'usage des juristes et autres fournisseurs de services juridiques. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers N° 5, p. 19.

Introduction

exemple l'agriculture contractuelle responsable ou d'autres accords d'approvisionnement ¹⁵. Cette approche est cohérente avec les Directives volontaires qui encourage explicitement les États à "soutenir les investissements réalisés par les petits exploitants ainsi que les investissements publics et privés qui tiennent compte des intérêts de ces exploitants [...] [c]ompte tenu du fait que les petits producteurs des pays en développement et leurs organisations assurent une part importante des investissements agricoles – investissements qui contribuent de manière non négligeable à la sécurité alimentaire, à la nutrition, à l'élimination de la pauvreté et à la résilience de l'environnement" ¹⁶. Il convient également de mentionner que les diverses formes et modèles d'investissement ne s'excluent pas nécessairement les uns les autres, et qu'ils doivent être considérés comme une alternative à un investissement impliquant une transaction de droits fonciers et connexes ou pour une utilisation éventuelle en relation avec un tel investissement (par exemple, un domaine central avec des accords d'agriculture contractuelle en place avec les agriculteurs locaux). Reconnaissant que les CITA continuent néanmoins à exister, ce Guide vise à fournir une orientation contractuelle pour promouvoir un investissement plus responsable.

Intro. 21. Le Guide se concentre sur les contrats entre les investisseurs et les gouvernements et entre les investisseurs et les communautés locales. En se concentrant sur ces deux types de contrats, le Guide met particulièrement l'accent sur la protection et le respect des droits des détenteurs de droits fonciers légitimes, qui doivent être consultés lors de la préparation, de la négociation et de la mise en œuvre de ces contrats. Selon les circonstances, ces détenteurs peuvent être parties à des CITA ou à des accords connexes ou peuvent bénéficier de ces contrats en tant que tiers bénéficiaires avec certains droits, même s'ils ne sont pas parties aux contrats.

Intro. 22. Bien que les CITA entre investisseurs et propriétaires fonciers privés - dans la mesure où ces propriétaires ne sont pas des collectivités locales - ne relèvent généralement pas du champ d'application du Guide (voir, par exemple, la description employée par le Guide du terme clé

¹⁵ Le Guide juridique UNIDROIT/FAO/FIDA sur l'agriculture contractuelle (GJAC) fournit des orientations détaillées sur les modèles d'agriculture contractuelle responsable, et est - sur le plan politique - un modèle à privilégier car il n'implique pas le transfert des droits fonciers. En conséquence, il a été le premier instrument adopté dans le cadre de la collaboration UNIDROIT/FAO/FIDA dans le domaine du droit privé et du développement agricole.

¹⁶ FAO. 2012. VGGT, para. 12.2.

“concedant” ci-dessous), certaines orientations peuvent néanmoins être pertinentes pour ces contrats. En règle générale, ces contrats peuvent ne pas exiger de garanties pour les droits fonciers si la terre est négociée sur le marché par un propriétaire privé, si les parties sont bien informées et non contraintes, et s’il n’y a pas d’autres détenteurs de droits fonciers sur cette terre. Toutefois, lorsque l’évaluation indique qu’il existe des détenteurs de droits fonciers légitimes qui pourraient être affectés négativement par une transaction de droits fonciers et connexes d’un propriétaire privé ou qu’il peut y avoir d’autres impacts négatifs (par exemple, environnementaux, sociaux ou économiques), le Guide pourrait s’avérer utile, notamment en ce qui concerne les éventuelles garanties contractuelles visant à éviter ou à minimiser ces impacts.

V. LES PARTIES ET ACTEURS IMPLIQUÉS DANS LES CITA

Intro. 23. Les parties à un CITA peuvent inclure - selon la loi applicable et le contexte particulier - des investisseurs, des gouvernements, des communautés locales, des communautés autochtones, des détenteurs de droits fonciers légaux ou légitimes et des propriétaires fonciers privés. En ce qui concerne les parties et autres intervenants, le Guide emploie les termes-clés suivants, dont une description sommaire est fournie ci-dessous.

Intro. 24. *Investisseur*. Il s’agit essentiellement d’entités du secteur privé (telles que des fonds d’investissement, des sociétés holding ou des entreprises agroalimentaires spécialisées) et de certaines entités du secteur public (telles que des fonds souverains et des entreprises publiques) qui cherchent à conclure des contrats d’investissement en terres agricoles ou à devenir parties à des contrats existants (par exemple par des fusions ou autres formes d’acquisitions).

Intro. 25. *Concedant*. Il peut s’agir d’un Gouvernement ou d’une communauté locale, y compris des autorités traditionnelles, qui accorde des droits fonciers et des droits afférents relativement à une extension de terre donnée à l’investisseur, en retour d’un paiement et d’autres prestations en vertu du CITA.

Intro. 26. *Gouvernement* désigne l’autorité ou les autorités publiques qui sont habilitées en vertu de la loi à concéder des droits fonciers et des droits connexes sur les terres d’un État donné. Les autorités publiques habilitées s’agissant de contrats d’investissement en terres peuvent inclure, par exemple, la présidence ou les ministères de l’agriculture, du foncier, de l’environnement, du commerce, de l’économie, de l’industrie et des affaires

Introduction

étrangères, des subdivisions régionales ou locales du Gouvernement, ainsi que des autorités traditionnelles si elles ont une habilitation formelle en vertu du droit national.

Intro. 27. *Communauté locale* désigne un groupe de personnes vivant aux abords ou à proximité, ou sur une extension de terre agricole donnée. La communauté peut elle-même être la titulaire de droits légaux ou de droits légitimes sur la terre ou représenter les détenteurs de ces droits. La communauté peut impliquer aussi des peuples autochtones (constituant toute ou une partie de la communauté), des autorités traditionnelles et différents systèmes fonciers. Aux fins du Guide, le terme ne désigne pas les subdivisions administratives locales, qui sont englobées dans le terme "gouvernement".

Intro. 28. *Autorité traditionnelle* se réfère à un chef coutumier ou à des groupes de chefs coutumiers qui peuvent avoir une autorité formelle ou informelle sur les terres, la répartition des avantages et d'autres décisions liées aux investissements qui ont une incidence sur la communauté locale.

Intro. 29. *Détenteur de droits fonciers légaux* désigne un détenteur dont les droits fonciers - comprenant les droits de propriété et les droits coutumiers - sont reconnus par le droit national ¹⁷.

Intro. 30. *Détenteur de droits fonciers légitimes* désigne non seulement un détenteur dont les droits fonciers sont formellement reconnus par le droit interne, mais aussi celui dont les droits, bien qu'ils ne soient pas actuellement protégés par le droit formel écrit, sont reconnus de façon informelle et sont considérés comme socialement légitimes dans les sociétés locales ¹⁸. Dans certains cas, les droits peuvent être communautaires ou se superposer (par exemple, certains ont le droit d'utiliser la terre pour le pâturage ou l'agriculture ou d'utiliser des arbres ou de ramasser du bois de chauffage dans la forêt, tandis que d'autres ont le droit de passage sur la terre ou d'y conduire le bétail pour qu'il puisse s'abreuver). Certains peuvent détenir des droits d'utilisation temporaires (par exemple, en vertu de baux agricoles de terres appartenant à l'État ou à d'autres) ou des droits saisonniers (par exemple, des communautés de pasteurs qui font paître leur bétail sur la terre de façon saisonnière) ¹⁹. Il

¹⁷ FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers N° 5, pp. 19-20.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ FAO. 2016. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°7, pp. 17-18; voir aussi FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance des régimes

convient de noter que le terme “détenteurs de droits fonciers légitimes” est désormais accepté au niveau international, comme en témoigne le fait qu’il figure parmi les Principes directeurs de la gouvernance responsable des régimes fonciers dans les VGGT ²⁰. Lorsqu’il utilise ce terme, dans la ligne de l’accent mis sur la protection et le respect des droits des détenteurs de droits fonciers légitimes, le Guide fait le plus souvent référence aux détenteurs dont les droits ne sont pas reconnus par le droit formel écrit national. Dans certains pays, les droits fonciers légitimes sont reconnus par les pratiques et le droit coutumier non écrit.

VI. UN RÉSUMÉ DU CONTENU DES DIFFÉRENTS CHAPITRES DU GUIDE CITA

Intro. 31. Le Guide contient sept chapitres traitant des aspects importants des CITA. Les paragraphes suivants donnent un bref aperçu des principaux sujets juridiques abordés dans chacun de ces chapitres. Une “liste de vérification des questions clés” qui résume les principales orientations que les parties contractantes et autres parties prenantes devraient prendre en compte lorsqu’elles envisagent un investissement responsable dans les terres agricoles se trouve à l’Annexe I.

Intro. 32. Le **premier Chapitre** du Guide examine les différentes sources de droit (national ²¹, régional, supranational ou international) qui peuvent définir le cadre juridique applicable à un CITA et aux accords contractuels connexes. Il met l’accent sur l’interaction entre le contrat et le droit national et expose l’importance des règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable, y compris les règles impératives et les règles par défaut, qui fournissent des solutions lorsque les parties contractantes ont laissé des clauses contractuelles imprécises, ou lorsque leurs intentions doivent être interprétées. Les questions clés couvertes comprennent l’importance d’évaluer le droit national (par exemple, la législation, les décisions judiciaires, les règlements et, dans certains cas, les règles coutumières) de l’État dans lequel l’investissement est ou sera réalisé, et la nécessité d’identifier les questions ou les lacunes qui pourraient devoir être traitées dans le CITA. Par exemple, des lacunes dans les lois de l’État ou dans leur mise en œuvre pourraient entraîner le non-respect des droits fonciers

fonciers N°5, p. 19 et suivantes (concernant la légitimité légale et sociale et les droits fonciers légitimes).

²⁰ FAO. 2012. VGGT, 3A Principes généraux, p. 3.

²¹ Dans le présent Guide, les termes “droit national” et “droit interne” sont utilisés indifféremment.

légitimes ou une protection insuffisante de l'environnement, et au moins certaines de ces lacunes pourraient être traitées dans le CITA. Le Guide décrit certains domaines du droit national qui sont généralement applicables à ces contrats, y compris, entre autres, les dispositions du droit général des contrats et des obligations, le droit administratif, les droits de l'homme, le droit de l'environnement, le droit de propriété, le droit foncier, le droit des investissements, le droit du travail et le droit fiscal.

Intro. 33. Le **Chapitre 2** du Guide commence par examiner qui sont les "parties contractantes" potentielles et les "autres parties prenantes" concernées (des organismes gouvernementaux aux communautés locales et aux peuples autochtones), puis décrit certains des aménagements contractuels (par exemple, contrats investisseurs-concédants, contrats multipartites, accord de développement communautaire) que ces acteurs peuvent décider d'adopter. Le Guide reconnaît que les CITA impliquent généralement une relation bilatérale entre: (a) un investisseur qui cherche à acquérir des droits fonciers et connexes dans le but de réaliser un investissement agricole; et (b) un concédant desdits droits, qui est généralement le détenteur légal des droits fonciers et qui cherche à transférer ces droits à l'investisseur en échange d'un paiement et d'autres formes de contrepartie. Cependant, selon sa taille et sa localisation, un investissement agricole peut affecter de nombreuses autres personnes, à la fois directement et indirectement. Par conséquent, dès le début du processus contractuel, il est important d'identifier les acteurs impliqués, qu'il s'agisse de "parties contractantes" potentielles ou d'autres parties prenantes qu'il faudra consulter et avec lesquelles il faudra s'engager.

Intro. 34. Compte tenu de la nécessité d'identifier clairement à la fois le détenteur légal du titre de propriété d'une terre agricole donnée et tout détenteur de droits fonciers légitimes sur cette terre, le Guide accorde une attention particulière à la notion de détenteurs de droits fonciers légitimes, qui sont des individus ou des communautés qui vivent, travaillent ou occupent d'une autre manière la terre faisant l'objet de la transaction, et dont les droits ou les revendications d'occupation sont considérés comme socialement légitimes dans les sociétés locales. Leur relation avec les détenteurs légaux de droits d'occupation est également présentée pour clarifier le fait que les conseillers juridiques doivent élargir la gamme des droits d'occupation qu'ils prennent en compte lors de l'analyse de la forme, de la formation et du contenu d'un CITA, ainsi que des parties qui le composent. Des questions clés sont présentées pour donner des orientations sur la façon de mener le processus de "cartographie des parties

prenantes” et pour aider à identifier les potentiels investisseurs et concédants.

Intro. 35. La conduite de la diligence raisonnable – en ce qui concerne l’identification des parties et des acteurs concernés, la localisation des terres en question, l’examen de la faisabilité de l’investissement et l’évaluation des impacts potentiels – est une partie essentielle de l’investissement responsable dans les terres agricoles. Lorsqu’elle est effectuée correctement, elle permet d’impliquer les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales et d’intégrer les garanties nécessaires, qui à leur tour soutiennent la réalisation des avantages de l’investissement et l’atténuation de ses impacts négatifs. La nécessité de la consultation figure également en bonne place dans le Guide, qui indique qui doit être consulté, explique la qualité des consultations et en souligne la pertinence, ainsi que les éléments de base d’une participation active, libre, significative et informée.

Intro. 36. Le **Chapitre 3** donne un aperçu des étapes de la formation d’un contrat, y compris les processus d’appel d’offres et de soumission, la négociation, et donne des orientations sur la forme, le contenu et les conditions contractuelles. Compte tenu de la complexité des CITA, le Guide suggère que ces contrats prennent toujours la forme d’un accord écrit, soit sous la forme d’un contrat unique et complet, soit sous la forme d’une série de contrats relatifs aux différentes étapes du processus d’investissement.

Intro. 37. Le CITA – qu’il s’agisse d’un contrat unique ou d’une série de contrats connexes – peut énoncer des dispositions traitant non seulement des droits fonciers et connexes particuliers qui sont accordés, mais aussi des garanties nécessaires pour toute lacune dans le droit de l’État et pour les impacts éventuels de l’investissement. Le **Chapitre 4** vise à aider à la négociation de dispositions dans divers domaines, tels que le régime foncier, les droits fonciers, les droits de l’homme et sociaux, l’environnement, les finances, la protection des investissements et l’autonomie réglementaire des États, ainsi que le contrôle, la mise en œuvre et la transparence. Des orientations juridiques sont fournies sur diverses garanties, y compris des mécanismes innovants pour assurer la conformité avec les exigences sociales et environnementales et pour partager les avantages découlant de la location de terres agricoles avec tout détenteur de droits fonciers légitimes et les communautés locales.

Intro. 38. Les CITA sont généralement des contrats complexes et à long terme, et les parties et autres intervenants concernés peuvent se trouver

dans des situations où les droits et obligations envisagés ne seront pas exécutés de manière satisfaisante, que ce soit en raison d'un événement extérieur au contrôle des parties ou d'un manquement ou d'une violation par l'une des parties. Le **Chapitre 5** du Guide souligne le rôle que les parties contractantes peuvent jouer dans l'établissement d'un plan d'urgence, en particulier pour mettre en place des mécanismes contractuels pouvant être utilisés de manière adéquate. Le Guide met l'accent sur les recours contractuels, mais selon le système juridique analysé, une partie lésée peut également être en droit de demander réparation en dehors du contrat particulier ou de l'accord connexe, en se fondant par exemple sur une action en responsabilité délictuelle ou sur d'autres motifs de nullité du contrat (tels que les défauts de consentement, la fraude ou autres). Un aperçu est également fourni concernant les causes d'exonération pour inexécution et les recours qui peuvent être offerts aux parties contractantes et aux autres intervenants (par exemple, les tiers bénéficiaires), ce qui contribue à garantir un contrat plus équilibré et plus responsable et à prévenir les conflits.

Intro. 39. Le **Chapitre 6** du Guide traite des questions relatives au transfert du projet d'investissement ou des droits et obligations en vertu des CITA, en particulier d'un investisseur à un autre, et à la restitution du terrain à l'issue de ces contrats. Ces questions sont importantes à considérer, en particulier pour deux raisons: premièrement, pour s'assurer que tout transfert est traité de telle sorte qu'un projet devienne ou continue d'être responsable et durable; et deuxièmement, pour s'assurer que les terres agricoles restent productives et que tout droit y afférent soit restitué à ceux qui l'ont accordé ou autrement libéré en faveur du projet d'investissement. Le transfert de terres agricoles louées d'un investisseur à un autre peut soulever diverses questions, notamment celle de savoir si les droits fonciers et connexes accordés sont effectivement transférables, si le transfert est conforme à toute limitation contractuelle à cet égard et si ce transfert est rendu public. La restitution de terres agricoles louées peut également soulever diverses préoccupations, notamment en ce qui concerne l'état dans lequel la terre doit être restituée et s'il existe des obligations de replantation. L'orientation juridique se concentre sur les dispositions possibles pour traiter et minimiser ces préoccupations.

Intro. 40. Comprendre les types de griefs et de litiges qui surviennent couramment dans le cadre des CITA et les divers mécanismes de résolution non judiciaire et judiciaire des litiges peut également aider à créer un contrat plus équilibré et donc plus stable. Par exemple, la définition et la

Introduction

mise en œuvre de mécanismes de règlement des griefs, y compris pour les employés, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, peuvent réduire les risques d'un investissement agricole particulier et prévenir les conflits. Toutefois, en cas de litige, le fait d'avoir défini une procédure de règlement des litiges et les engagements connexes dans le contrat – y compris, par exemple, les expertises, la négociation, la médiation, la conciliation, l'arbitrage et le contentieux – peut garantir que les litiges soient résolus rapidement et que les terres agricoles louées ne restent pas en jachère pendant ce litige. Les orientations juridiques présentées au **Chapitre 7** visent à aider à comprendre les diverses possibilités de règlement des griefs et des litiges et à définir des procédures efficaces à cet égard.

CHAPITRE 1

LE CADRE JURIDIQUE

1.1. *Cadre juridique pour les CITA.* Un cadre juridique approprié et efficace est un élément important pour rendre les investissements agricoles plus responsables et plus durables, notamment en intégrant les garanties nécessaires pour protéger les détenteurs de droits fonciers légitimes, les droits de l'homme, les moyens de subsistance, la sécurité alimentaire et l'environnement. Pour les investissements agricoles, le cadre juridique se compose généralement du CITA lui-même et des accords contractuels qui s'y rapportent, du droit national de l'État d'accueil dans lequel la terre est située et du droit international. Le droit de l'État d'origine de l'investisseur peut également avoir une incidence sur l'investissement, par exemple en ce qui concerne les exigences juridiques relatives à la diligence raisonnable de l'investisseur ou à la divulgation d'informations non financières ²².

1.2. *Liberté contractuelle.* La liberté de contracter implique que les parties soient libres de conclure un contrat et d'en déterminer son contenu comme elles l'entendent ²³. Cependant, cette liberté peut être limitée par des exigences impératives, et c'est généralement le cas pour les CITA impliquant les gouvernements et les communautés locales et pouvant affecter la sécurité alimentaire, les droits de l'homme et la protection de l'environnement.

²² Dans certains systèmes juridiques, dans certaines circonstances, les sociétés mères peuvent être tenues responsables des dettes de leurs filiales. Tant dans les pays de droit civil que de *common law*, par exemple, un tribunal peut "percer le voile corporatif" (c'est-à-dire ne pas tenir compte de la personnalité juridique distincte) de la société mère s'il constate une apparence d'irrégularité par des transferts d'actions douteux ou d'autres moyens frauduleux ayant pour but d'éviter les responsabilités de la filiale. Voir également le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR). 2017. (Observation générale n°24) sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre des activités des entreprises; et FAO. 2012. VGGT, para. 12.15, qui souligne que lorsque les États investissent ou promeuvent des investissements à l'étranger, ils devraient veiller à ce que leur conduite soit compatible avec la protection des droits fonciers, la sécurité alimentaire, etc. Voir aussi FAO. 2016. Home Country Measures that Promote Responsible Foreign Agricultural Investment: evidence from selected OECD countries, FAO Commodity and Trade Policy Research, Working Paper N° 52 (en anglais).

²³ UNIDROIT. 2016. Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (Principes d'UNIDROIT ou UPICC), article 1.1 (Liberté contractuelle).

1.3. *Règles impératives.* Les CITA doivent se conformer aux règles impératives applicables, qu'elles soient d'origine nationale, internationale ou supranationale²⁴. Les règles impératives d'origine nationale peuvent découler de la législation ou de la jurisprudence, selon la juridiction que l'on analyse, et peuvent concerner un large éventail de sujets (par exemple, exigences de forme particulières pour des types de contrats spécifiques, invalidité des clauses pénales, exigences de licence, réglementations environnementales, etc.) Dans certains systèmes nationaux, les règles impératives peuvent également découler de principes généraux d'ordre public (par exemple, l'interdiction de la corruption, la protection de la dignité humaine, l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, la race ou la religion). Le non-respect de ces règles entraîne le risque que le contrat des parties soit considéré comme inexécutable. Les règles impératives internationales ou supranationales sont celles qui découlent des traités internationaux (par exemple, les conventions sur les droits de l'homme), de la coutume et des principes généraux du droit, ou celles adoptées par des organisations supranationales.

1.4. *Les systèmes coutumiers.* Le respect des règles impératives n'est pas suffisant en soi pour garantir un investissement agricole responsable. Par exemple, la loi d'un État donné peut ne pas reconnaître - ou son administration peut ne pas enregistrer - les droits fonciers de certains détenteurs de droits légitimes, tels que les peuples autochtones et d'autres communautés locales, en particulier lorsque les personnes accèdent à la terre et aux ressources sur la base de systèmes coutumiers. Les VGGT appellent les acteurs étatiques et non étatiques à respecter tous les droits fonciers légitimes, y compris ceux basés sur les systèmes coutumiers²⁵. Le fait de ne pas tenir dûment compte des règles coutumières - même si elles ne sont pas reconnues par la loi - et des méthodes de planification et de développement territorial utilisées par les peuples autochtones et les autres communautés ayant des systèmes coutumiers d'occupation des terres pourrait en fin de compte exposer l'investissement à des risques opérationnels, financiers et de réputation.

1.5. *Normes non contraignantes.* Bien qu'ils ne soient pas juridiquement contraignants, plusieurs instruments internationaux faisant autorité fournissent des orientations que les investisseurs responsables devraient

²⁴ Sur les différents types de règles impératives pertinentes pour le droit des contrats, voir les Principes d'UNIDROIT, article 1.4 (Règles impératives), Commentaires 1 et 2.

²⁵ FAO. 2012. VGGT, paras. 3.2, 4.4, 5.3, 7.1, 9.1, 10.1.

Le cadre juridique

prendre en considération. Il s'agit notamment de normes opérationnelles élaborées par des organisations telles que la Société financière internationale, et de principes et lignes directrices plus larges tels que les Directives volontaires et les Principes RAI du CSA. Au niveau national, les lignes directrices et les plans stratégiques peuvent également fournir des orientations sur la manière dont les investisseurs peuvent adopter des pratiques responsables dans le contexte spécifique du pays.

1.6. *Lacunes dans le cadre juridique.* Des lacunes dans le cadre juridique applicable peuvent se produire, par exemple, lorsque la législation est incomplète ou qu'il manque les règlements d'application nécessaires. Dans un sens plus large, elles peuvent également se produire lorsque la loi applicable ne fournit pas de solutions ou de protections efficaces. Par exemple, la législation peut manquer de dispositions exigeant la réalisation d'évaluations d'impact ou imposant la protection de la qualité de l'eau contre les écoulements agricoles tels que les engrais, les pesticides et les déchets d'élevage. La législation et la réglementation du travail – un autre exemple – peuvent ne pas protéger adéquatement les employés contre les mauvaises conditions de travail ou la discrimination. Lorsque des lacunes existent, et selon les circonstances, le CITA peut servir de moyen pour compléter la législation, au moins à court terme.

1.7. *Importance de l'évaluation du cadre juridique.* Les professionnels du droit impliqués dans les CITA devraient évaluer – avant que l'investissement ne soit effectué et pendant toute sa durée – le cadre juridique afin d'assurer la conformité aux règles impératives, de promouvoir l'adhésion aux orientations de la législation non contraignante et d'identifier les éventuelles lacunes que les accords contractuels pourraient combler. De plus, les professionnels du droit doivent faire preuve de diligence raisonnable au mieux de leurs capacités (voir le Chapitre 3.I), qu'elle soit ou non spécifiquement requise par la législation nationale ²⁶. Dans de nombreux États, cette responsabilité recoupe probablement les normes de responsabilité professionnelle, y compris le devoir de respecter l'État de droit ²⁷.

²⁶ FAO. 2012. VGGT, para. 12.13; FAO. 2019. Due diligence, tenure and agricultural investment: a guide on the dual responsibilities of private sector lawyers in advising on the acquisition of land and natural resources. FAO Legal Guide N° 1 (en anglais), Chapitre 3.

²⁷ FAO. 2016. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N° 5, pp. 17-19.

1.8. *Plan de la section.* La première partie du Chapitre examine certaines des différentes sources de droit qui peuvent former le cadre juridique applicable à l'investissement agricole. Outre le CITA lui-même, elle souligne l'importance du droit interne de l'État d'accueil dans lequel l'investissement est situé et examine le rôle que peuvent jouer les sources internationales et supranationales. La deuxième partie identifie ensuite, dans le cadre d'une évaluation minutieuse du cadre juridique, un certain nombre de domaines de droit pertinents que les parties contractantes devraient prendre en compte pour assurer la conformité aux règles impératives et l'adhésion aux normes non contraignantes, pour identifier les questions ou les lacunes qui pourraient être traitées dans le CITA ou, le cas échéant, pour évaluer en fin de compte si un investissement particulier doit être réalisé en premier lieu.

I. LES SOURCES DE DROIT

1.9. *Introduction.* Une bonne compréhension du cadre juridique qui régira le CITA est essentielle au succès, ou à l'échec, de cet investissement. Bien que les parties aient la liberté d'inclure une clause contractuelle de choix de la loi applicable pour identifier la loi régissant le contrat, la détermination de la loi applicable dépendra en fin de compte des règles de droit international privé pertinentes (également appelées de règles de conflit de lois dans certains systèmes juridiques)²⁸. Le droit de l'État dans lequel la terre est située constitue un élément crucial de ce cadre. Il est lui-même composé de diverses sources de droit, nationales et internationales, avec un ordre hiérarchique différent, qui énoncent les obligations juridiquement contraignantes, ainsi que les orientations non contraignantes applicables à un investissement agricole.

A. Sources internes

1.10. *L'importance du droit interne.* Dans le meilleur des cas, le droit national crée des conditions équitables pour tous les investissements

²⁸ Un corollaire de la liberté contractuelle est que les parties peuvent convenir que des lois différentes s'appliquent à différentes parties de leur accord contractuel (le dépeçage). Les implications d'une clause de choix de la loi applicable (ou d'une clause de loi régissant le contrat) doivent également être soigneusement analysées, afin d'éviter qu'une partie plus puissante ne pousse, par exemple, à la sélection d'une loi d'un pays tiers qui lui soit très favorable, mais qui n'a aucun lien avec le projet d'investissement agricole lui-même. Pour plus d'informations sur la clause de choix de la loi applicable, voir les articles 7-11 de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (en anglais), et l'article 11.2. des Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux.

comparables, reflète les choix politiques faits par le biais de processus démocratiques et établit des conditions transparentes et publiques. De plus, du point de vue des droits, des obligations et des recours en matière d'investissements agricoles, le droit national présente un avantage certain dans la mesure où il peut inclure davantage d'acteurs qui ne sont pas directement parties au CITA. Lorsque le régime juridique national est bien développé, un CITA peut n'avoir à traiter qu'un ensemble plus restreint de questions (par exemple, l'emplacement des terres, les taux de location, les aspects de développement communautaire, etc.) Dans d'autres situations, cependant, la loi de l'État dans lequel le terrain est situé peut ne pas traiter de questions essentielles, ou il peut y avoir des lacunes dans sa mise en œuvre. Dans ces cas, un CITA pourrait inclure des dispositions traitant, dans la mesure du possible, lesdites questions ou lesdites lacunes.

1.11. *Systèmes juridiques nationaux.* Le système juridique d'un État est généralement basé sur sa constitution, qu'elle soit écrite ou non. La constitution établit des règles et des droits fondamentaux auxquels toute législation doit se conformer. Elle contient généralement aussi des règles sur l'organisation des organes politiques, législatifs, judiciaires et administratifs de l'État et peut reconnaître divers ordres juridiques à l'intérieur des frontières de cet État. Dans les systèmes fédéraux, par exemple, la réglementation des contrats peut parfois relever des subdivisions politiques, ou être partagée avec le gouvernement central. De plus, de nombreux États reconnaissent le concept de pluralisme juridique, permettant à certaines communautés d'être régies par des règles coutumières spécifiques, fondées sur la tradition ou de critères personnels, ethniques, territoriaux ou religieux. La portée et l'applicabilité de chaque ordre juridique particulier, ainsi que la manière dont les éventuels conflits entre les différents ordres juridiques autonomes doivent être résolus, dépendent du système constitutionnel de l'État.

1.12. *Législation et décisions judiciaires.* La branche législative du gouvernement adopte généralement une législation "primaire" (par exemple, des lois ou des actes) et la branche exécutive du gouvernement adopte généralement une législation "secondaire", comme des règlements, qui mettent en œuvre la législation "primaire" et doivent se conformer à cette législation et à la constitution. Le pouvoir exécutif, en particulier les agences gouvernementales, peut également adopter d'autres instruments pour mettre en œuvre la loi, ou fournir des orientations sur sa mise en œuvre. Le pouvoir judiciaire, selon le système juridique, peut également créer des lois ou établir des interprétations de la législation en rendant des

décisions judiciaires (appelées jurisprudence dans certains systèmes). Les décisions antérieures constituant un précédent juridique peuvent, par exemple, définir la manière dont les règles juridiques concernant divers aspects des investissements agricoles doivent être interprétées, ce qui peut avoir une incidence sur les CITA existants ou prévus qui impliquent des circonstances factuelles similaires ²⁹.

1.13. *Principes généraux du droit des contrats.* Le droit national comprend généralement les principes généraux du droit des contrats qui s'appliqueront dans le contexte des CITA. Par exemple, l'exigence générale d'équité et de bonne foi des parties crée une présomption générale que les parties contractantes traiteront l'une avec l'autre, de façon honnête et équitable, et est généralement considérée comme étant de nature impérative. Bien que ces principes généraux puissent faire l'objet de différentes interprétations dans les divers systèmes juridiques, les principes qui ont été reconnus dans les instruments internationaux jouissent d'une large reconnaissance et acceptation ³⁰.

1.14. *Règles coutumières.* Les règles et pratiques fondées sur la tradition, la culture, le territoire ou la religion jouent un rôle important dans de nombreux systèmes de gouvernance. Les règles coutumières peuvent n'être ni codifiées ni écrites, et peuvent traiter de questions telles que le statut personnel, les relations familiales, l'héritage, la gouvernance communautaire, l'utilisation des terres et d'autres ressources naturelles, et les droits sur le bétail ou les droits saisonniers sur les terres pour le pâturage du bétail. Ces derniers droits peuvent également être collectifs et donc s'appliquer à l'ensemble de la communauté. En ce qui concerne les CITA, les règles coutumières peuvent définir qui détient les droits fonciers dans une localité donnée et, donc, qui doit participer au processus de conclusion du contrat. Dans certains cas, les règles coutumières peuvent refléter des pratiques et peuvent être incompatibles avec les droits de l'homme, par exemple, en interdisant aux femmes de posséder ou d'hériter de la terre ou de conclure des contrats ³¹.

²⁹ FAO. 2016. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N° 5, pp. 30-31.

³⁰ Principes d'UNIDROIT, article 1.7 (Bonne foi).

³¹ Pour plus d'informations, voir: L'Entité des Nations Unies pour l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes (ONU Femmes), Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH). 2020. Réaliser les droits des femmes à la terre et aux autres ressources productives (en anglais).

1.15. *Reconnaissance des règles coutumières.* Les règles coutumières sont reconnues dans certains États, que ce soit par la constitution, la loi ou la décision judiciaire de l'État. L'applicabilité et la portée de ces règles, la manière dont elles sont reconnues et la manière dont les éventuels conflits entre les règles coutumières et les règles statutaires doivent être résolus, dépendent du système juridique de chaque État. Comme les Directives volontaires appellent les acteurs étatiques et non étatiques à respecter les droits fonciers légitimes même s'ils ne sont pas actuellement protégés par la loi ³², les parties à un CITA doivent respecter les droits fonciers basés sur des règles coutumières, même si ces droits ou règles ne sont pas reconnus par le droit national. Les parties doivent également garder à l'esprit qu'il peut y avoir des différences, par exemple, entre la façon dont le tribunal d'un État interprète et applique les règles coutumières et la façon dont les communautés locales elles-mêmes interprètent et appliquent ces règles.

B. Sources internationales

1.16. *Les traités internationaux.* Les sources du droit international comprennent les traités, la coutume et les principes généraux du droit. Selon la juridiction, les normes internationales peuvent faire partie du système juridique d'un État et donc être directement applicables aux CITA. Au fil des ans, les États ont conclu de nombreux traités sur des sujets qui peuvent avoir une incidence directe sur les CITA. Par exemple, des traités bilatéraux et/ou multilatéraux régissent des questions telles que la fiscalité, le commerce, la protection des investissements, les droits de l'homme ³³ et la protection de l'environnement ³⁴. Selon le lieu de l'investissement, les parties doivent également être au courant de l'existence de conventions régionales pertinentes, par exemple sur les droits de l'homme ³⁵. En plus

³² FAO. 2012. VGGT, para. 4.4.

³³ Voir, par exemple, HCDH. 1965. Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; HCDH. 1966. Pacte international relatif aux droits civils et politiques; HCDH. 1966. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; HCDH. 1979. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; HCDH. 1984. Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants; HCDH. 1989. Convention relative aux droits de l'enfant; et HCDH. 1990. Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

³⁴ Voir, par exemple, ONU. 1992. Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques; ONU. 1992. Convention sur la diversité biologique.

³⁵ Voir, par exemple, Union africaine. 1981. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples; Organisation des États Américains (OEA). 1969. Convention

d'établir des obligations juridiquement contraignantes (spécifiquement pour les États qui les ratifient), les traités peuvent également fournir un indicateur important de ce qui est considéré comme une bonne pratique et, à ce titre, ils peuvent exercer une influence sur la prise de décision politique et juridique au niveau national, ainsi que sur les entreprises (par exemple en ce qui concerne le consentement libre, préalable et éclairé, pour les investissements affectant les peuples autochtones).

1.17. *Droit international coutumier et principes généraux.* Le droit international coutumier fait référence aux obligations découlant des pratiques générales et constantes des États, qu'ils suivent à partir d'un sens partagé de l'obligation juridique (*opinio juris*). Celui-ci peut avoir une incidence sur les CITA. En ce qui concerne les droits de l'homme, par exemple, certaines dispositions des traités peuvent être considérées comme reflétant des normes généralement acceptées que tous les États doivent respecter, qu'ils aient ou non ratifié le traité pertinent (par exemple, l'interdiction de l'esclavage ou l'interdiction du génocide). Les principes généraux du droit - malgré une certaine incertitude entourant cette catégorie dans la doctrine et la jurisprudence - sont généralement définis comme des principes qui sont appliqués dans les systèmes juridiques nationaux du monde entier, comme, par exemple, le principe *pacta sunt servanda* ³⁶.

1.18. *Les décisions judiciaires.* Rendues par des tribunaux internationaux ou régionaux (par exemple, la Cour internationale de Justice ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme), ces décisions peuvent généralement n'avoir qu'un effet contraignant entre les parties à une affaire particulière, mais elles éclairent souvent l'interprétation de la loi en termes plus généraux, ce qui peut avoir une incidence sur les investissements agricoles responsables. Par exemple, des tribunaux internationaux se sont penchés sur la pertinence des normes internationales concernant les études d'impact sur l'environnement, en relation avec les investissements qui pourraient avoir un effet négatif transfrontalier important sur d'autres États ³⁷.

américaine relative aux droits de l'homme; Cour européenne des droits de l'homme. Conseil de l'Europe. 1950. Convention européenne des droits de l'homme.

³⁶ Principes d'UNIDROIT, article 1.3 (Force obligatoire du contrat).

³⁷ CIJ, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), Arrêt, Rapports de la CIJ 2010, pp. 82-83, paras. 204-205; CIJ, Certaines activités menées par le Nicaragua dans la zone frontalière (Costa Rica c. Nicaragua); et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), Arrêt, CIJ Recueil 2015, p. 706, para. 104).

1.19. *Instruments de droit non contraignant (soft law) émis par des organisations intergouvernementales.* Les organisations intergouvernementales ont adopté un certain nombre d'instruments internationaux de soft law qui, contrairement aux traités, ne sont pas juridiquement contraignants, mais fournissent des orientations qui font autorité. Les instruments non contraignants peuvent définir des principes, des orientations, des normes, des codes de conduite ou d'autres engagements volontaires. Les instruments pertinents pour les CITA comprennent, entre autres, les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, les VGGT, les Principes RAI du CSA, les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales, le Pacte mondial des Nations Unies et les instruments internationaux relatifs au développement durable³⁸. Bien qu'élaborés par différents organismes dans le cadre de processus variés, les instruments non contraignants sont souvent le résultat de vastes processus de consultation qui peuvent leur conférer une importante légitimité politique. Ils fournissent des orientations sur la manière dont les investisseurs responsables peuvent éviter et atténuer les impacts négatifs, minimiser les risques d'investissement et obtenir des résultats positifs³⁹.

1.20. *Autres documents internationaux.* Il convient également de prendre en considération les documents d'orientation internationaux préparés par les organisations de la société civile, les organisations non gouvernementales et les entités du secteur privé⁴⁰. De tels documents,

³⁸ Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement : Notre avenir à tous (Rapport Brundtland). Commission mondiale sur l'environnement et le développement. 1987. Rapport Brundtland; ONU. Assemblée générale. 1992. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, proclamée par la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement; Conférence des Nations Unies sur le développement durable (CDD). 2012. L'avenir que nous voulons, Rio+20.

³⁹ Comme pour les traités régionaux, les parties doivent avoir connaissance des instruments régionaux non contraignants, par exemple, Union africaine, Banque africaine de développement et Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA). 2014. Principes directeurs relatifs aux investissements fonciers à grande échelle en Afrique, qui énoncent également des principes et des normes applicables aux CITA.

⁴⁰ Voir, par exemple, Institut international du développement durable (IISD). 2014. Le guide de l'IISD pour la négociation de contrats d'investissement pour les terres arables et l'eau; *Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), International Senior Lawyers Project (ISLP)*. 2016. *Guide to Land Contracts: Agricultural Projects* (en anglais); Institut international pour l'environnement et le

tout comme les instruments non contraignants dont il a été question plus haut, favorisent souvent la prise de conscience et la mise en œuvre du large consensus mondial contenu dans les instruments intergouvernementaux. En outre, les normes privées et les systèmes de certification multipartites définissent les bonnes pratiques internationales en matière d'investissement responsable. Citons par exemple les normes de la Table ronde pour l'huile de palme durable (RSPO) et, dans le domaine de la production animale, les normes minimales responsables (*Responsible Minimum Standards* ou RMS, sigle en anglais) de l'initiative *Farm Animals Responsible Minimum Standards* (FARMS).

II. LES DOMAINES PERTINENTS DU DROIT

1.21. *Introduction.* En tant qu'opérations d'investissement complexes, les CITA peuvent recouper des instruments juridiques nationaux et internationaux dans des domaines thématiques très variés. En plus du droit des contrats, la législation régissant le foncier, le travail, la fiscalité et l'environnement influencera également les droits et obligations des parties. Les règles juridiques dans ces domaines fixent des normes minimales auxquelles tous les investissements doivent se conformer (par exemple, pour respecter les droits fonciers et du travail). Ce qui suit est une discussion non exhaustive de quelques domaines juridiques pertinents.

1.22. *Droit général des contrats et des obligations.* De manière générale, le droit national des contrats peut régir la formation et la validité d'un CITA. Le droit applicable peut également déterminer des règles impératives qui affectent certaines obligations spécifiques, telles que les mécanismes de détermination du montant des loyers ou leur révision périodique. Le droit des contrats entrera également en jeu en tant que réglementation par défaut en cas de lacunes dans le CITA, par exemple, sur des questions telles que le lieu de paiement, ses modalités, la répartition des coûts liés au paiement ou les conséquences d'une exécution partielle ou antérieure ⁴¹.

1.23. *Principes généraux du droit administratif.* Lorsque les CITA sont conclus avec des agences gouvernementales, le droit administratif général peut avoir une incidence sur la transaction – par exemple, en exigeant que les autorités se conforment aux normes de légalité et d'équité. Selon le droit applicable, l'octroi de droits fonciers sur des terres publiques peut faire

développement (IIED). 2016 *Foreign Investment, Law and Sustainable Development: A Handbook on Agriculture and Extractive Industries* (en anglais) (2^e ed).

⁴¹ Principes d'UNIDROIT, Chapitre 6.1 sur l'Exécution en général.

l'objet d'un appel d'offres ou résulter d'une proposition d'un investisseur, souvent appelée offre non sollicitée. L'appel d'offres implique un processus concurrentiel par lequel des propositions d'investissement sont sollicitées et examinées sur la base de certains critères afin d'identifier les propositions les plus appropriées et de déterminer quels droits sont accordés et sous quelle forme (par exemple, un accord de concession). Bien qu'elles ne soient pas soumises en réponse à une sollicitation d'investissement particulière, les offres non sollicitées peuvent également être soumises à un processus d'examen et de sélection. Le droit applicable peut également réglementer la création et la conduite des agences gouvernementales chargées de contrôler le respect des obligations contractuelles.

1.24. *Transparence et lois anti-corruption.* Dans certains pays, une législation spéciale régit la transparence des contrats conclus par les agences gouvernementales, par exemple en rendant obligatoire la divulgation des contrats. Parallèlement, les traités internationaux établissent des normes juridiquement contraignantes pour interdire et sanctionner la corruption ⁴², et les lois nationales sanctionnent généralement la corruption et établissent des dispositions pour poursuivre les infractions. Certaines lois sur la corruption ont des effets extraterritoriaux, comme les lois de l'État d'origine de l'investisseur, qui peuvent être applicables aux activités à l'étranger. Les questions et les règles de transparence sont également pertinentes pour la phase de mise en œuvre du projet, jusqu'au règlement des différends. Certains instruments internationaux régissent la transparence dans le règlement des différends entre investisseurs et États; bien qu'elles soient axées sur les

⁴² Les parties peuvent envisager la liste non exhaustive suivante d'instruments internationaux de lutte contre la corruption. Au niveau mondial, voir, par exemple, l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. 2004. Convention des Nations Unies contre la corruption. Au niveau régional, voir, par exemple, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). 1997. Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales; Organisation des États américains (OEA). 1996. Convention interaméricaine contre la corruption; Union africaine. 2003. Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption; Conseil de l'Europe. 1999. Convention pénale sur la corruption et Convention civile sur la corruption; ainsi que la politique de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption, définie à l'article 29 du Traité sur l'Union européenne et mise en œuvre par le biais de deux instruments principaux; UE. 1995. Convention sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et UE. 1997. Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne.

différents fondés sur des traités, ces règles pourraient être adaptées pour le règlement des différends fondés sur des contrats, y compris les CITA ⁴³.

1.25. *Droit foncier et droit de la propriété.* Le droit de la propriété d'un État régit généralement les droits fonciers, y compris la propriété, les droits d'utilisation, les baux, la possession et les sûretés. Il établit également des principes, des règles et des restrictions sur l'acquisition et le transfert des terres. Parallèlement, le système d'administration des terres – qui fait référence aux modalités d'application et d'opérationnalisation des règles de propriété foncière – peut affecter la planification et le fonctionnement d'un investissement agricole, en ce qui concerne des questions telles que l'enregistrement des droits fonciers (par exemple, l'enregistrement des terres), l'évaluation et la taxation des terres, l'aménagement du territoire, et l'adjudication ou la détermination des droits fonciers ⁴⁴. Un système efficace d'administration des terres offre une sécurité d'occupation à ceux qui ont des droits fonciers légaux et/ou légitimes et soutient le fonctionnement des arrangements pour la transaction des intérêts fonciers ⁴⁵. Dans certaines juridictions, des restrictions s'appliquent à l'acquisition de certains droits fonciers par des ressortissants étrangers.

1.26. *Droit des investissements.* Le cadre juridique d'un État peut comprendre des lois et des règlements spécifiquement destinés à promouvoir et à protéger les investissements, y compris les investissements étrangers. C'est le cas, par exemple, des codes d'investissement, mais la législation sectorielle peut également contenir des dispositions pertinentes.

⁴³ Voir, par exemple, CNUDCI. 2014. Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

⁴⁴ Pour plus d'informations sur l'enregistrement des droits fonciers, l'aménagement du territoire (c'est-à-dire les finalités pour lesquelles la terre - y compris les bâtiments et autres structures - et d'autres ressources naturelles peuvent ou non être utilisées) et l'évaluation foncière, voir Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°4, pp. 35-37; voir aussi FAO. 2017. Créer un système d'enregistrement des droits fonciers et procéder à une première inscription. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°9; FAO. 2017. Améliorer les moyens d'enregistrer les droits fonciers. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°10; et FAO. 2017. *Valuing land tenure rights*. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°11 (en anglais).

⁴⁵ FAO. 2016. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers des Directives volontaires N°4, pp. 35-36, encadré 9, (énonçant qu'une bonne administration foncière: "garantit la propriété et la sécurité des droits fonciers"; "soutient la taxation foncière"; "apporte des garanties pour le crédit"; "développe et contrôle les marchés fonciers"; "protège les terres de l'État"; "réduit les différends liés au foncier"; "facilite la réforme foncière"; "améliore la planification urbaine et le développement des infrastructures"; "vient en appui à la gestion environnementale"; "produit des données statistiques") (citant CEE.1996).

Par ailleurs, les traités internationaux d'investissement (des traités bilatéraux axés sur l'investissement aux accords commerciaux régionaux comportant un chapitre sur l'investissement) établissent généralement des normes de traitement applicables aux investisseurs et aux investissements provenant d'un État partie et opérant dans un autre État partie. Par exemple, les traités d'investissement exigent généralement des États qu'ils traitent les investisseurs ou les investissements étrangers au moins aussi favorablement que les investissements de leurs propres ressortissants ou de ceux d'autres États. Ils exigent également que les États accordent aux investissements étrangers des normes minimales de traitement (par exemple, un "traitement juste et équitable"), et fixent des normes pour que toute expropriation soit légale, ce qui oblige généralement les États à indemniser les investisseurs à la pleine valeur marchande. Une minorité croissante de traités porte également sur la libéralisation des investissements.

1.27. *Droit fiscal.* La fiscalité et le régime fiscal applicables jouent un rôle important dans la planification d'un investissement agricole. Le droit applicable comprend la législation nationale régissant des questions telles que la fiscalité et la location de terres, ainsi que les traités internationaux traitant de la double imposition. En plus de déterminer comment les paiements applicables sont calculés, la législation traite généralement de questions telles que l'administration fiscale, les incitations pertinentes et le pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités fiscales. Les impôts pertinents peuvent comprendre ceux sur les bénéfices réalisés dans l'État hôte, sur les paiements effectués aux fournisseurs et aux entrepreneurs, et sur tout traitement fiscal applicable à la conclusion de l'investissement.

1.28. *Pratiques comptables standards.* Dans de nombreux États, les entreprises sont tenues par la loi d'adhérer à des pratiques comptables standards qui sont internationalement acceptées et réalisées par des comptables et des auditeurs professionnels (par exemple, les normes comptables internationales (IAS) et les normes internationales d'information financière (IFRS)). Si la loi applicable ne comporte pas une telle exigence, le CITA peut combler cette lacune en identifiant une norme appropriée.

1.29. *Droits de l'homme.* Divers instruments des droits de l'homme établissent les droits civils, culturels, politiques, sociaux, économiques et environnementaux. Les États ont le devoir de respecter, de protéger et de

réaliser ces droits ⁴⁶, tandis que les investisseurs ont une responsabilité correspondante de respecter les droits de l'homme et d'identifier, d'évaluer et de remédier à tout impact négatif de leur conduite sur ces droits ⁴⁷. Les domaines spécifiques du droit relatif aux droits de l'homme qui pourraient être affectés par l'investissement agricole comprennent, entre autres: la sécurité alimentaire et le droit à une alimentation adéquate ⁴⁸, l'égalité de genre ⁴⁹ et l'autonomisation socio-économique des femmes ⁵⁰, les droits des jeunes ⁵¹ et les programmes mis en place pour créer des opportunités pour les jeunes en tant qu'employés et entrepreneurs, et le droit à une eau saine et en quantité suffisante (voir le Chapitre 3.IV.C) ⁵².

1.30. *Droit du travail.* Le droit national régit l'emploi et les relations de travail, par exemple, par le biais de dispositions constitutionnelles sur le droit au travail et la liberté d'association, et par le biais de la législation régissant les conditions d'emploi, les activités des syndicats, les prestations sociales, la santé et la sécurité, et d'autres aspects pertinents. Le travail agricole implique souvent une législation spéciale pour réglementer les spécificités qui caractérisent l'emploi dans l'agriculture (par exemple, le travail saisonnier). Un grand nombre de traités internationaux conclus au fil des ans ont établi des règles internationales contraignantes sur les droits et les relations du travail – en particulier les conventions associées à l'Organisation internationale du travail (OIT). Les principales conventions de l'OIT régissent la liberté d'association, le droit d'organisation et de

⁴⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR). 1999. Questions de fond au regard de la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels: Observation générale 12: Le droit à une nourriture suffisante (article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels).

⁴⁷ HCDH. 2011. Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Principes 11-15.

⁴⁸ CSA. 2014. Principes RAI du CSA, Principe 1 ("L'investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires est essentiel pour améliorer la sécurité alimentaire et la nutrition et pour favoriser la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale"); Voir en général le travail effectué par le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation.

⁴⁹ FAO. 2012. VGGT, para. 3B.4; CSA. 2014. Principes RAI du CSA, Principe 3.

⁵⁰ FAO. 2018. Opportunités et contraintes liées au genre dans les investissements en terres agricoles (en anglais seulement).

⁵¹ CSA. 2014. Principes du CSA-RAI, Principe 4.

⁵² CESCR. 2002. Questions de fond au regard de la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels: Observation générale n°15: le droit à l'eau (articles 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels).

négociation collective, le travail forcé, le travail des enfants, l'égalité de rémunération et la discrimination ⁵³.

1.31. *Droit de l'environnement.* Tous les États, à des degrés divers, ont mis en place des lois et des règlements pour protéger l'environnement (par exemple, en exigeant des évaluations d'impact, en prévenant la pollution de l'air, de l'eau ou du sol, en limitant l'utilisation de certains produits chimiques, ou en exigeant l'utilisation de certaines techniques de production pour conserver la biodiversité, etc.). De plus, de nombreux instruments mondiaux réglementent des questions telles que la diversité biologique, la biosécurité, la gestion des sols, les produits chimiques et pesticides dangereux, les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux, la protection des espèces menacées et de certains habitats, le changement climatique et la désertification ⁵⁴. Les instruments juridiques régionaux traitent également de la protection de l'environnement, et certains traités établissent des droits d'accès à l'information, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement ⁵⁵.

⁵³ Voir, par exemple, Organisation internationale du travail (OIT). 1948. Convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical; OIT. 1949. Convention sur le droit d'organisation et de négociation collective; OIT. 1930. Convention sur le travail forcé; OIT. 1957. Convention sur l'abolition du travail forcé; OIT. 1973. Convention sur l'âge minimum; OIT. 1999. Convention sur les pires formes de travail des enfants; OIT. 1951. Convention sur l'égalité de rémunération; OIT. 1958. Convention concernant la discrimination (emploi et profession).

⁵⁴ Voir, par exemple, ONU. 1992. Convention sur la diversité biologique; voir aussi Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique. 2000. Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (Protocole de Cartagena) et Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique. 2010. Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique (Protocole de Nagoya); FAO. 2009. Traité international sur les ressources phyto-génétiques pour l'alimentation et l'agriculture; FAO. 2017. Directives volontaires pour une gestion durable des sols; ONU. 1998. Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable dans le cas de certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international; Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO). 1971. Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats de la sauvagine; ONU. 1994. Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique; ONU. 1992. Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et ONU. 1997. Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques

⁵⁵ Voir, par exemple, ONU. 1998. Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement; et ONU 2018. Accord régional sur l'accès à l'information, la

1.32. *Responsabilité sociale des entreprises et licence sociale.* Les entreprises peuvent prendre des engagements ou mener des activités non seulement pour respecter les obligations en matière de droits de l'homme mais aussi pour atteindre des objectifs sociaux plus larges, souvent dans le cadre de leurs efforts de responsabilité sociale des entreprises (RSE) ou pour atteindre et maintenir ce que l'on appelle parfois une "licence sociale d'exploitation". Les investissements agricoles ont souvent des répercussions sur les communautés locales ou les peuples autochtones, et il est largement reconnu que les relations avec la communauté sont un facteur critique dans le succès ultime d'un investissement. Dans certains pays, la législation nationale établit des exigences légales dans ce domaine, par exemple en exigeant des investisseurs qu'ils créent des fonds de développement communautaire ou qu'ils élaborent des accords de développement communautaire avec les acteurs locaux. En outre, les instruments internationaux encouragent les entreprises à respecter certaines normes internationales de conduite responsable des affaires, par exemple en coordonnant les relations tout au long de leurs chaînes d'approvisionnement agricole ⁵⁶.

participation du public et la justice en matière d'environnement en Amérique latine et dans les Caraïbes.

⁵⁶ Voir, par exemple, OCDE-FAO. 2016. Guide OCDE-FAO pour des filières agricoles responsables.

CHAPITRE 2

PARTIES CONTRACTANTES ET AUTRES PARTIES PRENANTES: STRUCTURES CONTRACTUELLES

2.1. *Vue d'ensemble.* La première étape importante pour comprendre le processus de contractualisation consiste à déterminer qui sont les acteurs, leurs rôles et leurs relations mutuelles. Le présent Chapitre commence par examiner qui sont les parties contractantes potentielles d'un CITA, et les autres acteurs impliqués ou affectés par le contrat, puis décrit certaines des dispositions contractuelles qui peuvent être adoptées.

2.2. *Plan de la section.* La première Partie présente brièvement la notion de détenteurs de droits fonciers légitimes - un groupe unique de parties prenantes dont les droits doivent être dûment pris en compte dans le processus de contractualisation. Elle identifie également les mécanismes de contractualisation possibles pour protéger et respecter leurs droits. La Partie II présente les parties contractantes et les autres parties prenantes qui, bien que non signataires du contrat, jouent un rôle important dans la formation et la mise en œuvre éventuelle du contrat. La Partie III donne un aperçu des différentes structures contractuelles.

I. LA NOTION DE DÉTENTEURS DE DROITS FONCIERS LÉGITIMES

2.3. *Introduction.* Un CITA implique généralement une relation bilatérale entre: (a) un investisseur (par exemple une société ou un particulier) qui cherche à accéder, utiliser et contrôler des terres et des droits fonciers et connexes dans le but de réaliser un investissement agricole; et (b) un concédant de ces droits, qui est généralement le détenteur légal des droits fonciers (par exemple le gouvernement, un particulier ou une communauté locale) qui cherche à transférer ces droits à l'investisseur en échange d'une contrepartie sous forme de paiement et d'autres conditions concernant la gestion des terres. Cependant, les investissements dans les terres agricoles peuvent aussi potentiellement impliquer ou affecter des individus ou des communautés distincts - appelés détenteurs de droits fonciers légitimes - et, conformément à plusieurs instruments internationaux d'orientation, tels

que les Principes RAI du CSA et les VGGT, leurs droits et intérêts doivent également être pris en compte ⁵⁷.

2.4. *Définition.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes sont des individus ou des communautés qui vivent, travaillent ou occupent, utilisent ou revendiquent de toute autre manière les terres faisant l'objet de la transaction, et dont les droits ou revendications sont considérés comme socialement légitimes dans les sociétés locales. La reconnaissance des individus ou des groupes locaux qui occupent la terre est essentielle pour éviter les pratiques d'investissement irresponsables selon lesquelles les terres coutumières sont considérées comme "vides" ou appartenant uniquement à l'État. La notion de détenteurs de droits fonciers légitimes exige que les conseils élargissent l'éventail des droits fonciers qu'ils prennent en compte lors de l'analyse de la forme, de la formation et du contenu d'un CITA, ainsi que des parties qui le composent ⁵⁸.

2.5. *Relation avec les détenteurs de droits fonciers légaux.* Dans certains cas, les détenteurs de droits fonciers légitimes possèdent également des droits légaux formels sur les terres qu'ils occupent ou utilisent, ce qui fait d'eux les détenteurs de droits fonciers légaux. Selon l'étendue des droits fonciers légaux accordés, un CITA dans de tels contextes peut impliquer un accord bilatéral entre l'investisseur et le détenteur de droits fonciers légaux/légitimes. Dans de nombreux pays, cependant, la législation nationale ne reconnaît pas et ne protège pas de manière adéquate certains droits fonciers légitimes. Dans certains cas, la loi reconnaît formellement ces droits, mais les défauts des systèmes d'enregistrement foncier font que certains acteurs sont exclus de la protection juridique dans la pratique. Par conséquent, certains individus ou groupes de personnes ne détiennent pas de titre légal de propriété sur la terre, même si leurs revendications sur cette terre sont considérées comme socialement légitimes. Les instruments internationaux pertinents indiquent que les droits de ces détenteurs de droits fonciers légitimes doivent être pris en compte au même titre que ceux des détenteurs de droits fonciers légaux.

2.6. *L'égalité de genre.* Dans certains pays, il peut ne pas y avoir de reconnaissance sociale ou juridique de la propriété foncière des femmes. De même, les systèmes d'occupation considérés comme légitimes dans les sociétés locales peuvent exclure ou marginaliser certains groupes. Par

⁵⁷ CSA. 2014. Principes RAI du CSA, Principe 5; FAO. 2012. VGGT, para. 12.10.

⁵⁸ FAO. 2016. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°5, pp. 9, 13, 20 et suivantes.

*Parties contractantes et autres parties prenantes:
structures contractuelles*

conséquent, même la notion de détenteurs de droits fonciers légitimes peut, dans certains cas, être restrictive. Fondamentalement, il est important de garder à l'esprit que la notion de légitimité comporte des éléments d'acceptabilité qui peuvent varier d'une juridiction à l'autre. Les VGGT reconnaît expressément l'égalité de genre comme un principe essentiel pour contribuer à une gouvernance responsable de la tenure des terres ⁵⁹. Elles précisent également que les politiques et les lois qui garantissent les droits fonciers doivent être non discriminatoires et sensibles à la dimension de genre ⁶⁰. En outre, les CITA doivent reconnaître ces différences de traitement entre les femmes et les hommes et les parties contractantes peuvent envisager de prendre des mesures spécifiques pour atteindre une égalité de fait lorsque cela est nécessaire.

2.7. *Impliquer les détenteurs de droits fonciers légitimes dans la contractualisation.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent être impliqués directement dans le CITA ou indirectement dans des accords connexes de diverses manières – y compris dans des contrats multipartites, des transactions multipartites par le biais d'accords connexes, et des contrats investisseurs-concédants en tant que tiers bénéficiaires – qui sont tous abordés plus en détail dans la Partie II.C ci-dessous.

II. PARTIES CONTRACTANTES ET AUTRES PARTIES PRENANTES

2.8. *Importance de l'identification des parties prenantes.* Dès le début du processus de contractualisation, il est important d'identifier les acteurs concernés, qu'il s'agisse de parties contractantes potentielles ou d'autres parties prenantes qui devront être consultés. La tâche d'identification de toutes les parties prenantes concernées peut être compliquée par des problèmes tels que l'absence de registres fonciers clairs, précis et à jour, des limites d'arpentage imprécises ou une multitude de revendications de propriété et d'utilisation qui se chevauchent, dont certaines peuvent ne pas être officiellement enregistrées. Malgré ces difficultés, il est crucial de vérifier l'identité des acteurs, ainsi que l'emplacement et la nature de leurs droits et obligations liés à la terre en question. Comprendre qui sera touché et l'éventail des impacts probables est une condition préalable à la réalisation d'une évaluation d'impact efficace (voir le Chapitre 3.IV). Des

⁵⁹ FAO. 2012. VGGT, para. 3B.4.

⁶⁰ FAO. 2012. VGGT, para. 4.4.

exigences particulières s'appliquent si l'investissement affecte les populations autochtones ou implique une réinstallation.

2.9. *Cartographie des parties prenantes.* Le processus d'identification des acteurs clés et de leurs rôles et responsabilités respectifs dans le cadre d'un investissement responsable est parfois appelé cartographie des parties prenantes. Une partie prenante est une personne, une entité ou une collectivité – ayant un intérêt ou une préoccupation dans quelque chose – qui peut être primaire (c'est-à-dire qu'elle est directement touchée par l'investissement) ou secondaire (c'est-à-dire qu'elle est indirectement touchée). Dans le cas des investissements en terres agricoles, les parties prenantes communes sont les suivantes:

- les propriétaires fonciers légaux (comme l'attestent les registres officiels);
- les propriétaires fonciers légaux dont les exploitations n'ont pas été enregistrées;
- les propriétaires fonciers coutumiers et légitimes;
- les propriétaires fonciers saisonniers ou temporaires (par exemple, les éleveurs);
- les locataires;
- les travailleurs saisonniers;
- les détenteurs de servitudes ou de droits de passage (par exemple, les communautés qui traversent les terres en question pour accéder aux sources d'eau);
- les coopératives d'agriculteurs ou autres groupes organisés;
- les autorités traditionnelles;
- les agences gouvernementales statutaires;
- les hommes et les femmes qui vivent en dehors de la zone d'investissement mais qui ont des droits sur les ressources de la zone;
- les propriétaires fonciers adjacents dont la valeur de la propriété ou les entrées et sorties peuvent être affectées par l'investissement; et

*Parties contractantes et autres parties prenantes:
structures contractuelles*

- les hommes et les femmes qui peuvent avoir des liens spirituels ou culturels avec la zone d'investissement, en particulier s'ils sont autochtones.

2.10. *Effectuer une cartographie des parties prenantes.* Il est important de dresser la liste des parties prenantes avec l'aide de conseillers locaux de confiance qui connaissent bien les régimes fonciers coutumiers et légaux, et qui connaissent suffisamment bien la communauté locale pour recueillir et fournir des informations précises et actualisées sur la propriété foncière. Ces conseillers locaux peuvent être des membres de confiance de la communauté locale (par exemple, le conseil ou le chef du village), des experts locaux ou des organisations de la société civile qui travaillent dans ou avec la communauté locale. En outre, lors de la réalisation de cette cartographie et de la génération des données correspondantes, les parties doivent se conformer à toute réglementation applicable en matière de protection des données et de la vie privée.

2.11. *Représentation.* En raison des asymétries d'information et de pouvoir inhérentes à de nombreuses communautés locales, l'autorité ou le dirigeant local peut ne pas représenter efficacement les intérêts de tous les détenteurs potentiels de droits fonciers légitimes ou des communautés locales au sens large; ceci est particulièrement important lorsque l'on considère les intérêts des populations vulnérables. Il est donc important de développer des arrangements qui permettent aux diverses parties prenantes représentant différentes préoccupations de faire entendre leur voix dans le processus, y compris les femmes, les jeunes, les anciens, les groupes autochtones, les pasteurs ou d'autres groupes qui utilisent la terre de manière non traditionnelle. Des conseillers locaux de confiance peuvent aider à identifier l'ensemble des parties prenantes, y compris celles que les parties auraient autrement négligées. Les conseillers locaux, en collaboration avec les parties, doivent être en mesure de rechercher toutes les informations historiques et ethnographiques nécessaires concernant la terre en question.

2.12. *Questions clés.* Lors de la cartographie des parties prenantes, il est important d'identifier les parties contractantes potentielles et les autres acteurs concernés, ainsi que leurs intérêts et leurs relations mutuelles. Parmi les questions clés à poser, citons:

- toutes les parties prenantes ayant un intérêt dans le terrain et les ressources ont-elles été identifiées pour la consultation?

- les intérêts de toutes les parties prenantes ont-ils été clairement identifiés?
- toutes les parties ayant des droits légaux sur la terre ont-elles été identifiées?
- toutes les parties ayant des droits légitimes sur la terre ont-elles été identifiées?
- quels sont les documents qui attestent des droits fonciers dans la zone du projet? Est-ce qu'ils documentent les droits coutumiers et secondaires? Quels sont les droits qui ne sont pas documentés? ⁶¹
- les intérêts des parties contractantes potentielles et des autres parties prenantes dans le conflit foncier ont-ils été identifiés? Si ce n'est pas le cas actuellement, l'ont-ils été dans le passé? Quel est le risque de conflits futurs et, en particulier, quel est le risque que l'investissement n'exacerbe ces conflits? ⁶²
- comment les parties contractantes potentielles et les autres parties prenantes évaluent-elles le terrain (par exemple en termes économiques, sociaux et spirituels) et que considèrent-elles comme la juste valeur du terrain?
- comment l'investissement envisagé affectera-t-il les intérêts de chaque partie contractante potentielle et des autres parties prenantes dans le terrain? Quelles sont les principales préoccupations à cet égard?
- quels sont les attentes et les besoins des parties contractantes potentielles et des autres parties prenantes en ce qui concerne le terrain?

2.13. *Calendrier de l'utilisation et de la propriété du terrain.* Pour répondre aux questions ci-dessus, il est utile de construire un calendrier de l'utilisation et de la propriété du terrain en question. Des orientations

⁶¹ Le fait d'empiéter involontairement sur les droits fonciers légitimes mais non documentés des communautés locales peut créer des risques importants pour l'investissement. C'est pourquoi, si la réponse à cette question est "non", l'investisseur doit alors commissionner un processus de cartographie participatif indépendant pour identifier tous ces droits. S'il n'existe pas de cartes fiables et que l'investisseur ne pense pas pouvoir effectuer une telle cartographie, il doit envisager sérieusement d'annuler ou de déplacer le projet dans une autre zone.

⁶² Si les conflits fonciers ne peuvent être résolus, l'investisseur doit envisager sérieusement d'annuler ou de déplacer le projet dans une autre zone.

*Parties contractantes et autres parties prenantes:
structures contractuelles*

supplémentaires sur la manière d'identifier spécifiquement (a) les investisseurs potentiels, (b) les concédants, (c) les détenteurs de droits fonciers légitimes et (d) les autres parties prenantes sont présentées ci-dessous. L'objectif de l'exercice d'identification dépend de la personne que le conseiller juridique représente: par exemple, l'identification des détenteurs de droits fonciers légaux et légitimes, ainsi que des autres parties prenantes, serait particulièrement pertinente pour le conseiller juridique représentant l'investisseur, ou une agence gouvernementale agissant en tant que concédant.

A. Les investisseurs

2.14. *En général.* Les investisseurs sont principalement des entités du secteur privé, telles que des sociétés d'investissement, des holdings générales ou des entreprises agroalimentaires spécialisées. Il peut également s'agir d'entités du secteur public, telles que des fonds souverains et des entreprises d'État. Ils peuvent mettre en place des structures financières et de gestion complexes, notamment dans le cadre d'un investissement étranger, et de nombreux États exigent que l'investisseur crée une entité nationale comme condition pour obtenir l'octroi de droits fonciers et connexes.

2.15. *Les sociétés.* Un investisseur privé peut être un individu ou un groupe d'individus, mais plus probablement il s'agit d'une société spécialisée dans l'agroalimentaire ou qui peut avoir des participations dans plusieurs industries. Dans ce dernier cas, la société peut effectuer l'investissement par l'intermédiaire d'une société affiliée, spécifiquement dédiée aux investissements agricoles, ou d'une société affiliée (par exemple une filiale) spécialement créée pour les besoins de cet investissement particulier.

2.16. *Entreprises d'État et fonds de patrimoine.* L'investisseur peut également être une entreprise d'État ou un fonds de patrimoine souverain. Une entreprise d'État est une entreprise commerciale dans laquelle l'État détient une participation ou un contrôle important. Pour les besoins du présent Guide, un fonds souverain peut être généralement considéré comme un véhicule juridique appartenant à l'État, établi pour investir de l'argent, souvent issu des réserves d'un pays, mis de côté dans le but ultime de profiter à l'économie et aux citoyens de cet État, ainsi que, parfois, dans un but de stabilisation fiscale. Les fonds souverains sont souvent financés par les réserves de la banque centrale, les revenus générés par les exportations de ressources naturelles et autres produits de base, ou par

d'autres actifs appartenant à l'État ou contrôlés par lui. Les entreprises d'État et les fonds souverains sont généralement tous deux très réglementés dans leur État d'origine; un investissement impliquant ces véhicules peut déclencher des exigences réglementaires et légales supplémentaires, ainsi que des considérations diplomatiques et politiques potentielles pour le gouvernement de l'État d'accueil dans lequel l'investisseur investit ou cherche à investir et l'État d'origine de l'investisseur, s'il est différent.

2.17. *Nationalité.* L'investisseur peut être un ressortissant de l'État dans lequel le terrain est situé, ou un ressortissant étranger. La nationalité étrangère peut impliquer des restrictions sur la propriété ou la location de terrains et peut avoir des implications fiscales et de responsabilité. Elle peut également déterminer l'application d'instruments juridiques spécifiques, tels que les traités bilatéraux d'investissement, et de différents mécanismes de règlement des litiges. Une société privée souhaitant réaliser un investissement agricole à l'étranger peut décider d'établir une filiale locale qui sera la partie contractante. Une société multinationale peut également conclure le contrat elle-même, tout en établissant une filiale locale pour gérer l'investissement.

2.18. *Divulgarion de l'organisation de l'entreprise.* L'investisseur doit fournir une déclaration complète et précise de son organisation, le plus souvent sous forme de pièce jointe au contrat ou de dépôt auprès de l'organisme de régulation compétent dans son pays d'origine. La déclaration d'organisation de la société identifiera souvent les directeurs et les cadres supérieurs de la société, ainsi que chaque personne qui est le propriétaire effectif de plus d'un pourcentage déterminé d'actions ou de droits de vote de la société ⁶³. Le modèle transactionnel et la structure d'organisation de l'entreprise adoptés peuvent avoir un impact négatif sur la participation des communautés locales. Les parties contractantes et les parties prenantes devraient donc envisager, dans l'idéal, une structure qui permette une approche plus participative et coopérative. La plupart des pays précisent l'intervalle auquel l'investisseur doit examiner ce document (par exemple, chaque année) pour s'assurer que les informations qu'elle contient sont exactes (voir le Chapitre 4.V.A.5) et exigent également que l'investisseur divulgue immédiatement tout changement de contrôle survenant avant l'investissement ou pendant la durée de celui-ci (voir le Chapitre 6.I.B).

⁶³ Les seuils de propriété effective sont déterminés en conformité avec les exigences réglementaires nationales. Par exemple, dans certains États, le seuil de propriété effective est de 5 %, alors que dans d'autres, ce seuil est de 25 %.

*Parties contractantes et autres parties prenantes:
structures contractuelles*

2.19. *Sociétés affiliées.* L'investisseur doit divulguer l'identité de chacune de ses sociétés affiliées, la relation de la société affiliée avec l'investisseur et la juridiction dans laquelle la société affiliée est organisée. Pour les besoins du présent Guide, une entité "affiliée" est définie comme une entité qui, directement ou indirectement par un ou plusieurs intermédiaires (tels que les cabinets comptables et leurs praticiens), contrôle, est contrôlée par, ou est sous contrôle commun avec l'investisseur. Le "contrôle" signifie la capacité, directe ou indirecte, de déterminer la gestion ou les politiques d'une entité, que ce soit par l'exercice du pouvoir de vote (souvent – mais pas toujours – par la détention de plus de 50% du capital social d'une société), par contractualisation ou autrement. L'investisseur doit également divulguer toute transaction avec des parties affiliées, en particulier la nature et le montant de ces transactions. L'investisseur doit également revoir périodiquement (par exemple chaque année) ces informations concernant sa sphère d'influence afin de s'assurer que les informations qu'elles contiennent sont exactes.

2.20. *Chaîne d'investissement.* Au-delà de la structure de l'entreprise, il est important de considérer la chaîne d'investissement qui se trouve derrière le CITA – l'éventail des prêteurs, financiers, acheteurs et autres acteurs qui, en fait, rendent l'investissement possible ⁶⁴. Bien que les acteurs situés dans cette chaîne d'investissement plus large ne soient généralement pas parties prenantes au CITA, leur identité peut avoir des implications importantes tout au long du cycle d'investissement, par exemple en ce qui concerne les principes de responsabilité et de réparation.

B. Les concédants

2.21. *En général.* Le concédant est le détenteur légal des droits fonciers qui transfère les droits fonciers et connexes à l'investisseur pour une période de temps déterminée. Alors que les CITA prennent de nombreuses formes et peuvent impliquer plusieurs parties, le Guide se concentre sur les contrats entre investisseurs et gouvernements et entre investisseurs et communautés locales.

2.22. *Le gouvernement en tant que concédant.* Il est courant que le gouvernement soit le concédant car dans de nombreux pays, l'État est le propriétaire légal de la totalité ou de la plupart des terres. Dans d'autres États, alors que la propriété foncière privée existe, les terres identifiées pour

⁶⁴ FAO, IIED, 2014. Understanding agricultural investment chains: Lessons to improve governance (en anglais seulement).

les investissements agricoles étrangers sont souvent détenues dans des banques foncières de l'État. En outre, les transferts de terres plus grandes qu'une superficie déterminée, ou les transferts à des investisseurs étrangers, ne peuvent être entrepris que par l'État.

2.23. *L'autorité gouvernementale.* Le gouvernement est le plus souvent représenté par le ministère ou l'organe administratif chargé de l'attribution des terres ou de la gestion des investissements fonciers⁶⁵. Les exemples les plus courants sont le Ministère des terres, le Ministère des finances, le Ministère de l'agriculture, le Ministère des forêts, le Ministère de l'environnement ou une agence de promotion des investissements. Alors que ces agences peuvent conclure le contrat au nom du gouvernement, d'autres organismes administratifs peuvent être chargés d'accorder des autorisations et des approbations spécifiques. En outre, plusieurs entités gouvernementales opérant à différents niveaux administratifs peuvent être impliquées dans le processus de contractualisation ou être identifiées comme partie au contrat.

2.24. *La communauté locale et les propriétaires fonciers privés en tant que concédants.* Si une collectivité locale ou un propriétaire foncier privé est le détenteur légal des droits fonciers, il peut, selon l'étendue de ses droits fonciers, agir en tant que concédant dans le CITA – par exemple, s'il a des droits de pleine propriété sur la terre en question, ou des droits d'occupation à long terme qui permettent des transferts. Lorsque le concédant est une communauté locale ou un propriétaire foncier privé, le contrat sera une transaction privée entre deux parties, l'une étant l'investisseur et l'autre le concédant individuel, ou un individu, une organisation ou une association représentant le concédant communautaire. Cependant, même lorsque le détenteur légal des droits fonciers est un particulier, un groupe ou une communauté, le gouvernement jouera souvent un rôle dans l'investissement en facilitant le contact et les arrangements entre les investisseurs, les fonctionnaires locaux et les membres de la communauté concernés par l'investissement. Le gouvernement peut également vérifier la validité de la revendication du détenteur des droits fonciers légaux sur la terre (par exemple, par le biais d'une recherche d'enregistrement des titres) et peut être utile pour

⁶⁵ Il convient toutefois de noter que si ces ministères peuvent être les signataires de contrats au nom du gouvernement, d'autres organes administratifs - tels que le registre foncier public - peuvent être chargés d'accorder des autorisations et des approbations spécifiques.

identifier les détenteurs des droits fonciers légitimes ou toute autre partie concernée.

C. Les détenteurs de droits fonciers légitimes en tant que parties contractantes

2.25. *En général.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes, même s'ils ne sont pas titulaires de droits fonciers légaux sur des terres particulières ⁶⁶, peuvent détenir une multitude de droits – y compris des droits de propriété franche, des droits d'occupation à long terme, des droits de location, des servitudes ou autres droits de passage, ou des droits d'utilisation saisonnière – dans le cadre de l'investissement proposé. Les investisseurs doivent identifier et consulter les détenteurs de droits fonciers légitimes avant d'effectuer un investissement, et ces derniers devraient avoir le droit de décider s'ils souhaitent devenir partie contractante. L'essentiel est de reconnaître qu'ils ont la capacité de choisir librement d'entrer dans un CITA, plutôt que d'être "amenés", ou "inclus", dans un processus de contractualisation qui est principalement mené par d'autres.

2.26. *Organisation.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent avoir le droit de posséder des terres individuellement, collectivement, par le biais de structures de propriété familiale ou par une combinaison de structures. Par ailleurs, la terre en question peut être administrée par des parties autres que les détenteurs de droits fonciers légitimes eux-mêmes (par exemple, la terre peut être administrée par une organisation communautaire, par un chef ou une autre autorité traditionnelle).

D. Les autres parties prenantes

2.27. *En général.* Outre les parties contractantes, un investissement agricole implique ou touche souvent d'autres acteurs. Bien que ces acteurs ne soient pas nécessairement parties au contrat, il est important de comprendre leurs droits et leurs intérêts dans le contexte de l'investissement. Cette section examine brièvement quelques groupes de parties prenantes importants dont les parties contractantes doivent avoir connaissance.

2.28. *La communauté locale.* Une "communauté locale" peut souvent être composée de plusieurs groupes plutôt que d'un seul groupe homogène. Dans le contexte des CITA, la communauté locale peut se référer à un

⁶⁶ Voir la Partie I ci-dessus (décrivant la notion de détenteurs de droits fonciers légitimes et la relation entre ceux-ci et les détenteurs de droits fonciers légaux).

groupe de personnes vivant sur ou à proximité du terrain pour lequel l'investissement est envisagé. La communauté locale peut être elle-même un détenteur de droits fonciers légaux ou légitimes et peut être un concédant (voir Section B ci-dessus), ou elle peut simplement résider dans ou à proximité de la zone d'investissement, sans avoir aucun droit sur la terre en question. Cependant, même si la communauté locale n'a pas de droits fonciers formels, coutumiers ou autres droits légitimes sur la terre, elle peut être touchée par l'investissement (par exemple, une communauté vivant en aval d'un cours d'eau, qui peut être touchée par le captage d'eau ou les polluants). Dans ce cas, l'investisseur et le concédant doivent identifier et consulter les membres de la communauté locale avant de conclure le CITA. Dans certains cas, la communauté locale peut se voir accorder des droits dans le cadre du CITA en tant que tiers bénéficiaire, ou des accords connexes peuvent être adoptés.

2.29. *Les peuples autochtones.* Si les membres de la communauté locale concernée comprennent des peuples autochtones ou d'autres minorités qui s'identifient comme telles ⁶⁷, le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC) implique qu'ils doivent être consultés et donner leur consentement avant l'établissement de tout projet qui affecte directement leurs terres ou leurs ressources ⁶⁸. Dans plusieurs juridictions, l'utilisation du CPLCC est une pratique de plus en plus acceptée, non seulement pour les peuples autochtones, mais aussi pour les communautés locales (voir le Chapitre 3.II.B).

2.30. *Les agences gouvernementales.* Bien que le contrat puisse être signé par une seule agence gouvernementale, il impliquera très probablement plusieurs agences à différents niveaux du gouvernement. Ces agences peuvent être chargées d'accorder des permis, de mener des évaluations environnementales et autres, d'assurer la liaison entre l'investisseur et les communautés locales, ou de fournir des services liés à l'investissement, comme l'électricité. Les parties doivent bien comprendre quelles agences sont concernées par les différentes composantes de

⁶⁷ Les minorités qui s'identifient comme telles bénéficient d'une protection en vertu de l'article 1(1) (Droit à l'autodétermination) et de l'article 1(2) (Libre disposition des richesses et des ressources naturelles) de ONU. 1966. Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et de ONU. 1966. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).

⁶⁸ FAO. 2014. Respecter le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause: Guide pratique pour les gouvernements, les entreprises, les ONG, les peuples autochtones et les communautés locales en matière d'acquisition de terres. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°3.

*Parties contractantes et autres parties prenantes:
structures contractuelles*

l'investissement, et quelles agences sont habilitées à signer le contrat d'investissement ou tout autre accord connexe au nom du gouvernement.

2.31. *Les autres parties prenantes.* Les autres parties tierces peuvent inclure, entre autres: des sous-traitants, divers fournisseurs de services, des filiales, des banques ou autres créanciers, des notaires, des assureurs, des fournisseurs de certification et des participants à la chaîne d'approvisionnement.

III. LES STRUCTURES CONTRACTUELLES

2.32. *Accords entre investisseurs et concédants.* De nombreux CITA impliquent des transactions bilatérales entre l'investisseur et le donateur. Ces contrats peuvent prendre de nombreuses formes et suivre différents modèles. Cependant, il est plus courant que les droits et obligations relatifs à un investissement foncier – en particulier un investissement foncier important – soient documentés dans un contrat écrit ou une série de contrats (par exemple, des contrats d'investissement, des accords de concession ou des baux).

2.33. *Détenteurs de droits fonciers légitimes.* La reconnaissance et le respect des droits fonciers légitimes peuvent avoir des répercussions sur les contrats d'investissement. Selon la situation, les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent être (A) une partie contractante (par exemple, par le biais d'un contrat ou d'un ensemble de contrats multipartites); (B) une partie à un accord séparé qui, bien que lié au CITA, n'implique pas le transfert de droits fonciers, comme un accord de développement communautaire (ADC), ou (C) un tiers bénéficiaire du contrat. Les contrats multipartites et les accords connexes permettent aux détenteurs de droits fonciers légitimes de négocier directement avec l'investisseur, de s'entendre sur des engagements mutuellement avantageux et de créer un mécanisme pour faire respecter ces engagements. Les contrats dans lesquels les détenteurs de droits fonciers légitimes sont considérés comme des tiers bénéficiaires confèrent certains droits à ces détenteurs et leur donnent accès à des recours en cas de violation de ces droits.

A. Les contrats multipartites

2.34. *Détenteur de droits fonciers légitimes en tant que partie contractante.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent souhaiter être inclus comme parties contractantes, en plus de l'investisseur et du concédant, au contrat, ou à l'ensemble de contrats, qui effectue le transfert

de droits fonciers et connexes. Les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent être représentés par une seule entité juridique, par exemple un organisme communautaire, une association de propriétaires fonciers, une structure de gouvernance coutumière ou un représentant élu. Les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent également être inscrits comme parties au contrat, soit à la place, soit en plus de l'organe représentatif.

2.35. *Représentation.* Si les détenteurs de droits fonciers légitimes sont représentés par une seule entité juridique, celle-ci peut être antérieure à l'investissement ou avoir été créée spécifiquement pour les besoins de l'investissement. Dans les deux cas, il est courant de disposer d'un document séparé établissant les droits et obligations entre les détenteurs de droits fonciers légitimes et leur représentant. Un tel document désignera formellement le représentant légal et peut stipuler l'étendue de l'autorité du représentant et la manière dont ce dernier consulte et informe les détenteurs de droits fonciers légitimes qu'il représente. L'accord peut être documenté par un contrat ou autrement (par exemple, par une autorité d'octroi unilatéral)⁶⁹; si le représentant légal est un organisme communautaire ou coutumier, par une résolution du comité directeur ou du conseil municipal. La loi applicable déterminera comment l'autorité est accordée et réglementée (y compris dans quelle mesure les règles sur la représentation entrent en jeu). Il est important que les personnes concernées aient accès à l'expertise nécessaire pour leur permettre de comprendre et d'élaborer les informations reçues (voir le paragraphe 3.13).

2.36. *Contrats tripartites.* Un contrat tripartite, ou un ensemble de contrats, contiendra généralement des sections traitant respectivement des droits et des obligations de l'investisseur, du concédant (c'est-à-dire le détenteur des droits fonciers légaux) et des détenteurs des droits fonciers légitimes. Les obligations des détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent inclure, par exemple, des clauses de non-ingérence et des accords similaires visant à assurer la coopération entre les détenteurs de droits fonciers légitimes et l'investisseur, tandis que leurs droits peuvent inclure leur accès continu à la terre et aux ressources dans la zone de concession tant que cet accès n'est pas incompatible avec la gestion de l'investissement.

⁶⁹ Qu'il s'agisse d'un contrat ou d'un document unilatéral conférant un pouvoir au représentant dépend du système juridique.

B. Les accords de développement communautaire

2.37. *Détenteur de droits fonciers légitimes en tant que partie à un accord connexe.* Les détenteurs de droits fonciers légitimes peuvent également souhaiter participer à un CITA par le biais d'un accord séparé qui, bien que ne représentant pas une transaction de droits fonciers, traite néanmoins de questions connexes, comme un ADC. Un accord connexe est souvent conclu directement entre le détenteur de droits fonciers légitimes et l'investisseur, bien que le concédant puisse également être impliqué.

2.38. *Lien entre le CITA et l'accord connexe.* L'accord connexe doit être explicitement mentionné dans le contrat, souvent dans une sous-section intitulée "Accord de développement communautaire" ou similaire, dans la section "Obligations de l'investisseur" ou "Obligations de la société"⁷⁰. De même, l'accord connexe doit faire référence au contrat, le plus souvent dans la section "Considérants" ou similaire, contenant les clauses "Attendu" au début de l'accord connexe. Une violation substantielle de l'accord connexe peut constituer, à son tour, une violation du CITA lui-même.

2.39. *Objet.* L'accord connexe précise généralement les droits et obligations de l'investisseur vis-à-vis des détenteurs de droits fonciers légitimes, et précise en particulier les avantages économiques et sociaux dus à ces détenteurs en échange de l'accès à la terre et aux ressources sur lesquelles ils ont des droits, et de tout autre soutien communautaire à l'investissement. Les avantages accordés aux détenteurs de droits fonciers légitimes sont déterminés par les processus de consultation et de négociation et peuvent souvent inclure, entre autres: une rémunération financière (par exemple, un paiement par hectare de terre utilisé), le contrat décrivant la méthode de déboursement de ces fonds et les parties auxquelles les fonds sont dus; des engagements spécifiques en matière de formation ou d'emploi au profit des membres de la communauté locale; le développement d'accords d'agriculture contractuelle⁷¹, et la fourniture de certaines infrastructures et services sociaux (par exemple, la construction et la dotation en personnel d'une école ou d'un centre de loisirs).

⁷⁰ Si l'ADC n'a pas été complété à la date de signature du contrat d'investissement, alors une référence peut être insérée à un ADC "à conclure" dans un certain nombre de jours à compter de la date d'entrée en vigueur du contrat d'investissement.

⁷¹ UNIDROIT/FAO/FIDA. 2015. Guide juridique sur l'agriculture contractuelle, pp. 15 et suivantes.

2.40. *Négociation d'un accord connexe.* Il est important que toutes les consultations et négociations relatives à un ADC reconnaissent et traitent les asymétries d'information et de pouvoir qui sont souvent en jeu entre le détenteur de droits fonciers légitimes et l'investisseur. Lors de la négociation d'un accord complexe, un soutien juridique indépendant doit être fourni aux communautés locales et aux groupes de détenteurs de droits fonciers légitimes (voir le paragraphe 3.13).

2.41. *Contenu de l'accord connexe.* L'accord connexe peut commencer par une description de la relation envisagée entre l'investisseur et le détenteur de droits fonciers légitimes, donnant le ton pour le reste de l'accord. Il peut définir la relation entre les différentes parties à l'accord, ainsi que les représentants de ces parties, et préciser que la relation est basée sur les principes de coopération, de respect mutuel et de bonne foi. Par exemple, si les détenteurs de droits fonciers légitimes sont représentés par des organismes tels que des conseils communautaires ou des associations, l'accord connexe peut décrire la nature de cette représentation et les fonctions dudit organisme de représentation. L'accord connexe peut ensuite décrire la structure de la relation permanente créée entre l'investisseur et le détenteur de droits fonciers légitimes, y compris la fréquence et la forme des communications et du partage d'informations, ainsi que le processus de prise de toute décision d'investissement conjointe⁷². L'accord connexe peut décrire les droits et les obligations de chaque partie, y compris les droits de l'investisseur d'accéder aux terres et aux ressources mentionnées dans le contrat, et les avantages dus au détenteur des droits fonciers légitimes. L'accord connexe peut également stipuler les droits et obligations des parties en matière de surveillance, d'évaluation et de règlement des litiges.

2.42. *Accords connexes multiples.* Il est possible pour un CITA d'impliquer plus d'un accord connexe. Par exemple, l'investisseur peut conclure des ADC distincts avec différents groupes de détenteurs de droits fonciers légitimes, en particulier si les accords d'avantages négociés avec ces groupes diffèrent les uns des autres. Il est également possible qu'un accord connexe existe même dans les cas où les détenteurs de droits fonciers légitimes sont parties au contrat par le biais d'une structure de contrat tripartite.

⁷² Parfois, l'ADC sera le document où sont décrits les terres/ressources et les conditions détaillées d'accès et d'utilisation. D'autres fois, cette information sera contenue dans le CITA lui-même, ou dans un troisième accord connexe traitant spécifiquement du transfert des terres.

C. Les contrats avec les détenteurs de droits fonciers légitimes comme tiers bénéficiaires

2.43. *En général.* Les contrats peuvent conférer des droits à des tiers qui ne sont pas signataires du contrat mais qui peuvent en bénéficier si le contrat est exécuté (appelés tiers bénéficiaires) et qui, dans certaines circonstances, ont le droit légal de faire exécuter le contrat ou de demander réparation en cas de violation du contrat ⁷³.

2.44. *Reconnaissance et droits.* Dans les juridictions qui reconnaissent le principe du tiers bénéficiaire, l'investisseur et le concédant peuvent conclure des contrats bilatéraux qui créent des droits pour les détenteurs de droits fonciers légitimes en tant que tiers bénéficiaires. Ces droits peuvent porter, entre autres, sur l'indemnisation, les avantages sociaux, la consultation ou la fourniture d'informations, les servitudes ou autres droits de passage, et le respect de certaines normes environnementales. En outre, ces droits peuvent être soumis à des conditions ou à des limitations stipulées par les parties contractantes et incluses dans le contrat ⁷⁴.

2.45. *Coûts de la participation.* Il est important de noter que ces types d'approches participatives, comme la recherche de la participation de tiers bénéficiaires, entraînent des coûts financiers et organisationnels dont les parties doivent rendre compte. Bien que ces processus puissent être longs et lourds, ils sont considérés comme une bonne pratique car leur mauvaise exécution peut entraîner des litiges, des protestations et des contestations judiciaires qui pourraient avoir de graves répercussions sur la bonne mise en œuvre du CITA.

2.46. *Gouvernements et tiers bénéficiaires.* Le fait que le gouvernement soit partie à de nombreux contrats peut permettre aux détenteurs de droits fonciers légitimes de démontrer plus facilement que certaines dispositions du contrat ont été conclues à leur profit. Par exemple, certains tribunaux ont jugé que si le gouvernement est partie à un contrat conclu à leur profit, ses citoyens peuvent avoir des droits en tant que tiers bénéficiaires.

⁷³ Voir, par exemple, les Principes d'UNIDROIT, article 5.2.1 (1): le "bénéficiaire" est le tiers auquel les parties à un contrat peuvent conférer, par accord exprès ou implicite, un droit. Selon les Principes d'UNIDROIT, un tiers bénéficiaire doit être identifiable avec une certitude suffisante par le contrat, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit explicitement nommé dans le contrat, ni qu'il existe au moment où le contrat est conclu.

⁷⁴ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 5.2.1 (2).

2.47. *Investisseurs et tiers bénéficiaires.* Plusieurs instruments internationaux récents, dont les plus importants sont les VGGT et les Principes RAI du CSA, reconnaissent que les investisseurs sont responsables du respect des détenteurs de droits fonciers légitimes et de l'accès équitable à la terre dans le cadre des investissements agricoles. Plus généralement, les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme reconnaissent que les investisseurs ont la responsabilité de respecter les droits de l'homme. Pris ensemble, ces instruments impliquent que les CITA doivent respecter les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes en particulier et des communautés locales en général et, sous réserve du droit applicable, peuvent favoriser le traitement de ces détenteurs et communautés comme des tiers bénéficiaires de contrats auxquels ils ne sont pas parties, en ce qui concerne les dispositions contractuelles visant à assurer l'adhésion à cette orientation internationale. L'identification et la prise en compte de ces détenteurs et communautés font désormais partie de la diligence raisonnable que les conseillers des investisseurs s'engagent à exercer pour éviter les litiges, les troubles et les protestations qui pourraient résulter de la non-prise en compte des droits de ces détenteurs et communautés.

2.48. *Recours en cas de violation.* Tous les systèmes juridiques n'offrent pas de recours équitables pour les cas où l'investisseur enfreint la disposition accordant des droits à des tiers. Dans certaines juridictions, le tiers bénéficiaire peut avoir un droit contractuel direct de faire une demande d'exécution spécifique ou de dommages et intérêts, comme s'il était partie au contrat (voir le Chapitre 5.III.C). Dans ce cas, si ses droits sont lésés, et selon les circonstances, le tiers bénéficiaire serait en mesure d'exercer un recours contre la partie contractante du CITA concernée ⁷⁵. Le tiers bénéficiaire peut également choisir de renoncer au droit qui lui est conféré ⁷⁶.

⁷⁵ Les Principes d'UNIDROIT, par exemple, distinguent entre les tiers qui bénéficient du contrat et les bénéficiaires qui se voient accorder des droits en vertu du contrat; dans le cas d'une intention implicite, la question sera résolue par l'interprétation des clauses contractuelles en tenant compte des circonstances de l'espèce (commentaire de l'article 5.2.1). Voir également l'article 5.2.2 sur la nécessité d'identifier le bénéficiaire avec une certitude suffisante.

⁷⁶ Voir, par exemple, les Principes d'UNIDROIT, article 5.2.6, qui exprime le principe général selon lequel le contrat entre les parties crée des droits pour le bénéficiaire sans qu'il soit nécessaire que celui-ci l'accepte, mais il peut toutefois renoncer à tout droit qui lui est conféré, puisqu'il ne peut être forcé de l'accepter.

CHAPITRE 3

LES QUESTIONS PRÉCONTRACTUELLES IMPORTANTES DANS LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT EN TERRES AGRICOLES

3.1. *Diversité des processus contractuels dans les différentes juridictions.* Étant donné l'importance du rôle joué par la législation nationale dans la réglementation des investissements en terres agricoles, les processus contractuels peuvent varier considérablement d'un pays à l'autre. En outre, différentes séquences de contrats peuvent être envisagées (allant par exemple d'un grand contrat de bail à une série d'accords) et chaque étape contractuelle peut être soumise à certaines conditions. Comme la législation nationale détermine qui a le pouvoir légal d'attribuer les terres, le processus de contractualisation peut également varier en fonction de l'identité des parties (par exemple, processus de contractualisation dirigé par le gouvernement ou les communautés locales en tant que principal concédant).

3.2. *Plan de la section.* Compte tenu de l'importance d'obtenir les informations essentielles relatives aux investissements en terres agricoles avant la signature d'un contrat, les quatre premières sections du présent Chapitre présentent les éléments clés des processus précontractuels concernant la (I) diligence requise, (II) les consultations, (III) les études de faisabilité, les plans de développement, les propositions d'investissement et l'évaluation foncière, ainsi que (IV) les évaluations d'impact, tandis que (V) les dernières sections donnent un aperçu des étapes fondamentales de la formation d'un contrat qui ne devraient être entreprises qu'après que les parties contractantes potentielles ont dûment considéré tous les impacts et avantages potentiels des investissements.

I. LA DILIGENCE REQUISE

3.3. *Importance de la diligence requise dans les CITA.* L'exercice de la diligence requise – en ce qui concerne l'identification des parties et des parties prenantes possibles, la localisation des terres, l'examen de la faisabilité de l'investissement et l'évaluation des impacts potentiels – est un élément essentiel des investissements responsables et durables. Lorsqu'elle se fait correctement, la diligence requise permet d'identifier les risques potentiels et d'intégrer les mesures de protection nécessaires pour y faire

face. Dans le contexte de la gouvernance de la propriété foncière, les VGGT recommandent qu'une diligence requise soit exercée, qu'elle soit ou non spécifiquement requise par la législation nationale ⁷⁷. En outre, les conseillers juridiques et autres professionnels devraient s'assurer que le processus de diligence requise répond aux normes internationales, y compris en ce qui concerne la protection des droits fonciers dans le domaine des investissements agricoles ⁷⁸.

3.4. *Processus et éléments de la diligence requise.* Le processus de diligence requise permet aux parties de recueillir un large éventail d'informations leur permettant de vérifier, d'évaluer et de déterminer si l'investissement doit être poursuivi et, si c'est le cas, dans quelles conditions et avec quelles garanties. Une diligence requise appropriée est pertinente pour toutes les parties contractantes, ce qui signifie qu'elle concerne non seulement l'investisseur, mais aussi les gouvernements et les autres parties prenantes. Par exemple, le concédant peut souhaiter effectuer une diligence requise sur l'investisseur et les activités qu'il propose. Bien que les éléments de la diligence requise varient selon la nature de l'entreprise, ils comprennent généralement la réalisation d'un examen des lois nationales, des droits fonciers ainsi que des impacts réels et potentiels sur un certain nombre de domaines, y compris les droits de l'homme, diverses questions sociales et économiques et l'environnement ⁷⁹.

3.5. *Droits fonciers légitimes.* Pour être efficace, la diligence requise en matière de droits fonciers doit aller au-delà de la documentation juridique (par exemple pour établir la "chaîne des titres") et prendre en compte les dimensions sociales des droits fonciers. Cela implique un engagement efficace avec les communautés locales afin d'identifier les droits fonciers légitimes et les impacts potentiels de l'investissement sur ces droits.

⁷⁷ FAO. 2012. VGGT, para. 12.13.

⁷⁸ FAO. 2019. Due diligence, tenure, and agricultural investment: a guide on the dual responsibilities of private sector lawyers in advising on the acquisition of land and natural resources (en anglais seulement). FAO Legal Guide n°1.

⁷⁹ Pour des exemples d'éléments de diligence requise, voir OCDE. 2018. Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises.

II. LES CONSULTATIONS

A. La qualité des consultations

3.6. *Qualité des processus de consultation.* Les normes de qualité dans les processus de consultation sont essentielles. Les instruments internationaux pertinents mettent en lumière plusieurs paramètres importants. Comme nous l'avons vu, les VGGT et les Principes RAI du CSA ne sont que certains des nombreux instruments internationaux qui fournissent des repères importants ⁸⁰. Les paragraphes suivants développent un certain nombre de points clés tirés des VGGT, des Principes RAI du CSA et des orientations qu'ils donnent sur la manière de mener de bons processus de consultation dans la pratique.

3.7. *Avant que les décisions ne soient prises.* Des consultations doivent avoir lieu avant que les décisions relatives aux ALIC ne soient prises. En d'autres termes, non pas sur la base d'un ALIC déjà conclu (*post facto*), mais avant que le contrat n'ait été conclu (*ex ante*). Il est également important de laisser suffisamment de temps pour que les résultats de la consultation soient pris en compte de manière significative dans le contexte des décisions liées à l'investissement. En outre, il est de bonne pratique que les consultations ne soient pas ponctuelles, mais qu'elles soient plutôt un processus continu tout au long du cycle de vie de l'investissement. L'investisseur doit considérer la consultation de la communauté comme faisant partie d'un ensemble cohérent et soutenu d'actions visant à obtenir et à maintenir une crédibilité sociale suffisante vis-à-vis de la communauté.

3.8. *Communication à double sens.* La consultation devrait faciliter le dialogue et l'échange d'informations, au lieu de consister une communication à sens unique de l'investisseur, ou du concédant, aux personnes consultées. En d'autres termes, la consultation doit offrir des possibilités de retour d'information et de poser des questions pertinentes sur l'investissement. En fonction de la situation, l'investisseur et/ou le concédant doivent mettre en place un mécanisme formel pour recueillir ces informations. Cela signifie également que l'investisseur et/ou le concédant doit répondre aux contributions reçues en temps utile et tenir dûment compte de ces contributions dans les décisions liées à l'investissement.

3.9. *Déséquilibres de pouvoir existants entre les différentes parties.* Les relations entre les investisseurs et les acteurs locaux (par exemple, les organes publics locaux, les détenteurs de droits fonciers, les personnes

⁸⁰ FAO. 2012. VGGT, para.3 B.6; CSA. 2014. Principes RAI du CSA, Principe 9.

concernées) impliquent en général des déséquilibres de pouvoir et un accès différencié aux ressources, aux informations et à l'expertise. Le soutien du gouvernement au projet peut aggraver ces déséquilibres. Les VGGT reconnaissent explicitement ces déséquilibres de pouvoir, ainsi que la différenciation sociale et la nécessité pour les personnes concernées d'avoir accès à un soutien professionnel (par exemple technique et juridique) dans les processus d'investissement. L'investisseur ou le gouvernement, ou les parties collectivement, doivent veiller à ce que les personnes concernées bénéficient du soutien nécessaire pour mener une consultation significative, notamment en finançant des professionnels neutres et indépendants (par exemple des avocats) pour conseiller les communautés.

3.10. *Assurer une participation active, libre, efficace, significative et informée.* La participation "active" signifie qu'il existe un espace pour que les personnes concernées puissent exprimer leurs points de vue, leurs préoccupations et leurs aspirations, et que ceux-ci soient pris en compte. En outre, la participation est "libre" si la consultation est menée sans contrainte, manipulation, influence ou pression induite. Ce concept se reflète également dans le principe du CPLCC, qui s'applique aux investissements qui touchent les peuples autochtones (voir la Section B ci-dessous concernant le CPLCC). De nombreux instruments internationaux font référence à une consultation "significative", notamment les Principes directeurs des Nations Unies⁸¹. En général, les consultations "significatives" sont considérées comme étant volontaires, inclusives, collaboratives, équitables, opportunes et transparentes.

3.11. *Accès à l'information.* Il existe souvent des déséquilibres importants en matière d'information entre l'investisseur et le gouvernement, d'une part, et les propriétaires fonciers et les communautés affectées au niveau local, d'autre part. Les communautés locales peuvent ne pas disposer d'information complète et en temps opportun sur l'emplacement, la taille, la portée, l'échéancier, le modèle opérationnel, les recettes et les coûts prévus, les risques, les avantages et les étapes de l'investissement, et il peut y avoir des déséquilibres d'information au sein de la communauté même. Dès le début des consultations, la communauté doit avoir accès à ces informations, sauf s'agissant de toute information jugée commercialement sensible ou confidentielle (voir le Chapitre 4.V.B.2(c) concernant les informations confidentielles). Il peut être utile d'envisager d'utiliser la Foire aux questions (FAQ) pour rationaliser l'information, les

⁸¹ HCDH. 2011. Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, para. 18 (b).

*Les questions précontractuelles importantes dans les
contrats d'investissement en terres agricoles*

avis radio en langue vernaculaire et les conseillers locaux (pour les communautés déconnectées). Il est également important de noter que dans certains cas, donner trop d'informations aux communautés peut être écrasant.

3.12. *Traduction.* Pour mener des consultations sérieuses, l'investisseur ou le gouvernement, ou les parties collectivement, doivent s'assurer que la communauté comprend parfaitement le projet d'investissement proposé, en fournissant des documents de consultation dans une langue accessible à la communauté. La traduction peut donc jouer un rôle fondamental dans le contexte des CITA, tant dans le processus de négociation, comme dans la documentation des consultations. Les barrières linguistiques peuvent être levées en faisant appel à un traducteur neutre et en s'assurant que les documents traduits reflètent précisément l'intention des deux parties. En plus de fournir une traduction, le Principe 9 des Principes RAI du CSA indique qu'il est important d'expliquer le contenu des documents sur un ton et avec des mots qui sont clairement compris par les communautés locales.

3.13. *Accès à l'expertise et au soutien juridique.* La communauté locale peut également être dépourvue du soutien juridique ou de la capacité d'évaluer pleinement les risques et les avantages de l'investissement, ainsi que la terminologie à utiliser dans le contrat ou l'accord connexe. Comme déjà indiqué, l'investisseur ou le gouvernement, ou les parties collectivement, doivent veiller à ce que les personnes concernées aient accès à l'expertise nécessaire pour leur permettre de comprendre et d'élaborer les informations reçues. Les parties peuvent convenir de financer un avocat tiers neutre pour représenter la communauté. Certaines entreprises couvrent le coût de l'assistance fournie aux acteurs locaux, avec lesquels elles (ou leurs partenaires commerciaux) s'engagent. Mais, à moins d'être correctement structurés, ces arrangements peuvent exposer les prestataires de services à des conflits d'intérêts, soulever des questions sur les lignes de responsabilité et, en fin de compte, affecter la qualité des services. Pour garantir que les professionnels sont réellement indépendants de l'entreprise et responsables devant leurs véritables clients, il est nécessaire de développer de nouveaux mécanismes (par exemple, des fonds fiduciaires (*trust funds*) sur lesquels l'entreprise n'a aucun contrôle, ou des contributions à des fonds communs qui s'appliquent au-delà des projets individuels). Une assistance doit également être disponible au-delà de l'approbation du projet, par exemple pour soutenir le contrôle de la conformité et pour traiter les éventuelles réclamations.

3.14. *Lien avec les négociations.* Les consultations avec les communautés aboutissent souvent à la négociation d'accords avec la communauté (voir la Partie V.A ci-dessous sur les négociations). Les résultats de la consultation peuvent être documentés dans un ADC qui, s'il est généralement négocié avant la signature du CITA, peut y être incorporé (voir le Chapitre 2.III.B ci-dessus sur les transactions multipartites intégrant des accords connexes).

B. Le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC)

3.15. *En général.* Si l'investissement a un impact sur les peuples autochtones, le principe du "consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause" (CPLCC) s'applique. Ceci est affirmé dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ⁸², et réitéré dans les VGGT ⁸³ et les Principes RAI du CSA ⁸⁴. Le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause est un "droit collectif des peuples autochtones de prendre des décisions par le biais de leurs représentants et institutions coutumiers ou autres choisis librement, et de donner ou de refuser leur consentement préalablement à l'approbation par le gouvernement, l'industrie ou d'autres parties extérieures de tout projet pouvant avoir une incidence sur les terres, territoires et ressources qu'ils détiennent, occupent ou utilisent autrement en vertu de leurs droits coutumiers" ⁸⁵.

3.16. *Application.* L'exigence du CPLCC est particulièrement stricte lorsque l'investissement proposé peut entraîner le déplacement des peuples autochtones. Comme l'indique l'article 10 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA): "Les peuples

⁸² ONU. 2007. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA). Article 32(2): "Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres".

⁸³ FAO. 2012. VGGT, para. 12.7.

⁸⁴ CSA. 2014. Principes RAI du CSA, Principe 9.

⁸⁵ FAO. 2014. Respecter le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause: Guide pratique pour les gouvernements, les entreprises, les ONG, les peuples autochtones et les communautés locales en matière d'acquisition de terres. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°3, p. 4.

*Les questions précontractuelles importantes dans les
contrats d'investissement en terres agricoles*

autochtones ne peuvent être enlevés de force à leurs terres ou territoires. Aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable – donné librement et en connaissance de cause – des peuples autochtones concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour”⁸⁶. En dehors des situations qui impliquent un déplacement et une réinstallation, et en “tenant compte du principe d'autodétermination et des dispositions de la [Déclaration] dans son ensemble, les États devraient obtenir un consentement sur des questions d'une importance fondamentale pour les droits, la survie, la dignité et le bien-être des peuples autochtones”⁸⁷.

3.17. *Éléments.* Les éléments de base du CPLCC sont définis comme suit: “donné librement” implique l'absence de contrainte, d'intimidation ou de manipulation; “préalable” implique que l'on cherche à obtenir le consentement suffisamment à l'avance, avant d'autoriser ou de commencer les activités, et en respectant les délais requis par les processus de consultation et de consensus des peuples autochtones; la “connaissance de cause” implique que toute information concernant l'activité est fournie aux peuples autochtones, de manière objective, précise et compréhensible et le “consentement” implique que les peuples autochtones ont accepté l'activité faisant l'objet des consultations.

3.18. *Implications.* Si le principe du CPLCC est applicable, cela signifie que les communautés autochtones de la zone d'investissement doivent donner leur consentement avant la mise en place de tout projet qui affecte directement leurs terres ou leurs ressources. Ce principe confère par implication aux communautés autochtones un droit de veto - le droit de dire non - à un projet mis en œuvre sur leur territoire. Bien que les VGGT fassent référence au CPLCC en ce qui concerne les peuples autochtones, elles favorisent en pratique des solutions consensuelles dans tous les domaines, ce qui est également essentiel pour qu'une entreprise bénéficie d'un soutien local et réussisse à long terme. En outre, la notion de CPLCC est de plus en plus appliquée comme bonne pratique dans les pratiques d'investissement responsable au-delà du contexte des peuples autochtones⁸⁸.

⁸⁶ ONU. 2007. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA). Article 10.

⁸⁷ FAO. 2014. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°3, p. 5.

⁸⁸ FAO. 2014. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°3, pp. 7 et suivantes.

3.19. *Indications ultérieures.* Des orientations opérationnelles détaillées sont disponibles sur la façon de mettre en œuvre le CPLCC dans la pratique, y compris dans le cadre des CITA ⁸⁹.

III. LES ÉTUDES DE FAISABILITÉ, LES PLANS DE DÉVELOPPEMENT, LES PROJETS D'INVESTISSEMENT ET L'ÉVALUATION DES TERRAINS

3.20. *En général.* La réalisation d'études de faisabilité (A), la préparation de plans de développement (B), l'examen de propositions d'investissement (C) et l'évaluation des terrains (D) sont reconnus comme de bonnes pratiques pour les investissements dans les terres agricoles. Ces outils génèrent la base d'informations et de preuves qui est essentielle pour la rédaction des CITA, en particulier dans le cas de nouveaux baux fonciers par opposition aux baux existants. Ils permettent également à tous les acteurs concernés de prendre des décisions en connaissance de cause d'une manière qui assure la transparence du processus contractuel. Leur but est "non seulement [d']éviter les impacts sociaux ou environnementaux négatifs mais aussi [de] créer, avec les communautés concernées, des relations économiques mutuellement profitables" ⁹⁰.

A. Les études de faisabilité

3.21. *Études de faisabilité.* Les études de faisabilité fournissent des informations techniques, économiques et financières permettant à un investisseur et à un concédants de comprendre et d'évaluer les opportunités et les défis économiques, commerciaux et non économiques d'un investissement dans les terres agricoles. En examinant les facteurs juridiques, opérationnels, financiers et autres, une étude de faisabilité aide

⁸⁹ FAO. 2017. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers n°7, pp. 34 et suivantes; voir également FAO 2016. Le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause: Un droit des peuples autochtones et une bonne pratique pour les communautés locales, p. 13 ("Le CPLCC est un droit spécifique concernant les peuples autochtones, reconnu dans la DNUDPA. Il leur permet de donner ou refuser leur consentement à un projet pouvant avoir des incidences sur eux ou sur leurs territoires. Quand ils ont donné leur consentement, ils peuvent le retirer à tout moment. De plus, le CPLCC leur permet de négocier les conditions dans lesquelles le projet sera conçu, réalisé, suivi et évalué. Les organisations qui ont participé à l'élaboration du Manuel considèrent que tous les peuples touchés par un projet ont le droit de prendre part aux décisions d'une manière correspondant aux principes sur lesquels est fondé le droit au CPLCC").

⁹⁰ FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers N°7, p. 6.

à déterminer la viabilité commerciale et technique d'un projet et jette les bases de la production d'un plan de développement. Elle permet également d'identifier les risques qu'un projet peut présenter pour l'environnement ou pour les parties prenantes, telles que les détenteurs de droits fonciers légitimes, les communautés locales ou les groupes autochtones. À cette fin, elle peut aider un investisseur à identifier des éléments importants tels que les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes ou d'autres parties prenantes qui, bien que ne détenant pas de droits fonciers légaux, ont des revendications légitimes sur la terre en vertu de règles ou pratiques coutumières, autochtones, professionnelles ou par l'exploitation d'une autre source de revendication sur la terre.

3.22. *Étapes typiques et bonnes pratiques.* Les étapes typiques d'une étude de faisabilité sont les suivantes: (a) la compilation de toutes les données pertinentes (par exemple, techniques, financières, juridiques); (b) l'analyse des alternatives pour atteindre les objectifs du projet; (c) l'examen détaillé des coûts et des avantages de l'efficacité du projet; (d) la conception préliminaire; et (e) l'évaluation détaillée des risques, y compris ceux liés aux impacts environnementaux, sociaux, relatifs aux droits humains et économiques. Pour qu'une étude de faisabilité soit fiable, un investisseur doit engager des tiers indépendants ayant des connaissances et des compétences spécialisées pour chacun de ces aspects du contrat d'investissement. Lorsqu'elle est correctement réalisée, l'étude de faisabilité donne à l'investisseur une "opinion indépendante sur les risques et les mesures d'atténuation éventuels"⁹¹.

3.23. *Justification.* Une étude de faisabilité est nécessaire pour plusieurs raisons. Premièrement, elle constitue souvent une base importante pour les approbations gouvernementales. Deuxièmement, elle fournit des informations qui pourraient jouer un rôle important en décourageant les acquisitions spéculatives de terrains lorsqu'il est clair que le type de risques que ces acquisitions présentent pour les parties prenantes et l'environnement dépasse de loin les avantages du projet. Troisièmement, les informations produites sont souvent incluses dans le contrat entre un investisseur et le concédant. Quatrièmement, il est recommandé comme bonne pratique d'atténuer les risques tels que la dépossession de personnes ou de communautés de leurs terres, et d'éviter ou d'atténuer d'autres effets négatifs. Pour cette raison, une étude de faisabilité aide également à déterminer la viabilité d'un projet. Par exemple, elle peut aider à établir s'il

⁹¹ FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers N°4, pp. 56-57.

est approprié de planter des cultures particulières (pour l'alimentation, l'énergie, la consommation intérieure ou les marchés d'exportation) dans les bonnes zones agronomiques ou si un investissement est basé sur des hypothèses irréalistes. De ce point de vue, une étude de faisabilité doit également évaluer le risque de suraccumulation de terres lorsque le même investisseur ou l'une de ses filiales a déjà acquis des droits fonciers dans le même pays/la même zone.

3.24. *Exigences réglementaires.* Les études de faisabilité et de développement commercial ainsi que les évaluations d'impact sont souvent exigées par le droit national ou international et constituent des outils importants pour gérer les risques que les contrats d'investissement peuvent présenter pour l'environnement ou pour les titulaires de droits fonciers légitimes et les communautés locales ⁹². Ensemble, elles constituent des bases importantes pour les dispositions contractuelles ⁹³. Même lorsque le droit national ne les exige pas, des études de faisabilité et de développement commercial peuvent être requis lorsque les investisseurs et les gouvernements disposent d'un financement par des tiers.

B. Les plans de développement

3.25. *Plans d'affaires.* Un plan d'affaires organise les informations recueillies à partir d'une étude de faisabilité dans le cadre des stratégies de marketing, d'exploitation, de gestion et de financement du projet d'investissement. Une grande partie de ces informations sous-tendent diverses dispositions contractuelles – notamment celles relatives au

⁹² La faiblesse de l'application et du contrôle *ex ante* des lois nationales ne doit pas décourager les investisseurs de réaliser des études de faisabilité et des plans de développement en raison des avantages qu'ils procurent. Notamment, le Principe 23(a) des Principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme prévoit que les entreprises doivent "se conformer à toutes les lois applicables et respecter les droits de l'homme internationalement reconnus, où qu'elles exercent leurs activités".

⁹³ La pratique consistant à réaliser des études de faisabilité n'implique pas que les investisseurs aient des obligations de pré-investissement; elle reflète plutôt une pratique internationalement reconnue à laquelle les investisseurs se livrent pour protéger la valeur de leur investissement. En outre, le Guide technique N°4 des VGGT sur la préservation des droits fonciers indique que les investissements dans les terres agricoles peuvent avoir des conséquences négatives lorsque "des droits fonciers légitimes ont été bafoués, des familles ont perdu leur logement et leurs moyens d'existence ... et les différends portant sur les droits fonciers se sont multipliés, dégénérant en conflits violents faisant des morts et créant un climat politique instable". De telles protestations peuvent non seulement affecter le succès du projet, mais également nuire à la réputation et à l'économie de l'investisseur. FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers N°4, p. vi.

financement du projet ou aux engagements entre les investisseurs et les titulaires de droits fonciers légitimes ou les communautés locales en rapport avec le projet – qui sont examinées plus en détail au Chapitre 4. Selon la nature de l'investissement dans les terres agricoles, un plan de développement peut également inclure les services, les techniques de production, les marchés et les clients, les ressources humaines, l'organisation, les exigences, le financement et la source de financement d'un projet d'investissement ⁹⁴. Un plan de développement doit également aborder les contributions du projet au développement social, environnemental et durable de l'État d'accueil en général et de la communauté locale en particulier. Certains organismes de financement exigent des investisseurs qu'ils préparent un plan de développement, car cela permet d'établir la viabilité et la rentabilité d'un projet.

3.26. *Informations financières.* Pour certains types d'investissements, un contrat peut exiger de l'investisseur qu'il fournisse des rapports périodiques vérifiés, tels que l'état des profits et des pertes (voir le Chapitre 4.V.B.2(a)). La fourniture de ces rapports doit être prévue dans un plan de développement car: premièrement, elle permet d'alerter le concédant si l'investisseur connaît des difficultés financières et risque donc de ne pas pouvoir remplir ses obligations; deuxièmement, les nouveaux investissements ou les nouvelles entreprises peuvent connaître des difficultés financières avant de devenir des entreprises viables et rentables, et ces difficultés doivent être prévues dans le plan de développement. Une telle planification peut aider un investisseur à réduire le risque d'échec du projet.

3.27. *Lien avec les analyses d'impact.* Un plan de développement bien conçu, réalisé conjointement avec la réalisation d'évaluations d'impact appropriées (voir la Section IV ci-dessous sur les évaluations d'impact), peut aider à adapter un projet pour éviter les préjudices liés aux expulsions et à l'expropriation de terres qui n'auraient pas été prévus autrement. Par exemple, il peut indiquer la nécessité de réduire la superficie de terres utilisées ou de prendre des dispositions pour que les détenteurs de droits fonciers légitimes puissent continuer à en utiliser une partie ⁹⁵.

⁹⁴ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). 2002. How to prepare your business plan (en anglais seulement), p. 3.

⁹⁵ FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers N°7, p. 14.

C. Les propositions d'investissement

3.28. *En général.* Les investisseurs cherchent généralement à obtenir une concession de droits fonciers et de droits connexes en faisant une proposition à un concédant potentiel, qu'il s'agisse d'un gouvernement, d'un détenteur légal/juridique de droits fonciers ou d'une collectivité locale. La proposition – souvent connue sous le nom d'offre – peut avoir été sollicitée par le concédant ou peut avoir été non sollicitée. Une fois reçue, en fonction du concédant et du droit applicable, cette offre peut être soumise à différents niveaux de marchés publics et d'exigences de sélection, ce qui peut être très important pour garantir le succès du projet proposé. L'absence d'examen et de filtrage suffisant des propositions d'investissement peut conduire à l'acceptation d'investisseurs qui pourraient ne pas avoir les moyens financiers nécessaires, l'expertise technique ou la volonté d'éviter ou d'atténuer les impacts négatifs par des garanties appropriées, réduisant ainsi la probabilité d'un projet d'investissement responsable en terres agricoles.

3.29. *Offres non sollicitées.* Après avoir identifié les terres adaptées à un projet agricole, les investisseurs peuvent, de leur propre initiative, exprimer leur intérêt pour l'octroi d'un droit foncier et de droits connexes. Afin de permettre une diligence raisonnable, des consultations, des évaluations d'impact et des négociations supplémentaires, la proposition de l'investisseur doit refléter une série d'informations, y compris portant sur la situation financière et son expertise (par exemple en matière d'agriculture et de gestion), l'adéquation du terrain et la faisabilité du projet, ainsi que la pertinence du projet proposé au regard des priorités de développement dans cet État ou cette communauté.

3.30. *Offres sollicitées.* Un gouvernement et une communauté locale peuvent lancer un appel à l'investissement pour solliciter des propositions d'investisseurs. Cet appel doit être effectué de manière transparente et accompagné d'une description claire de la procédure de sélection qui passe au crible les propositions reçues afin de sélectionner la proposition la plus susceptible de déboucher sur un investissement responsable et durable, et de déboucher sur l'octroi d'un droit foncier et de droits connexes. Pour les gouvernements, un tel appel et une telle procédure de sélection peuvent faire partie d'un processus d'appel d'offres.

3.31. *Applicabilité de l'appel d'offres.* L'appel d'offres se réfère généralement à un processus par lequel le gouvernement sollicite des propositions pour des projets, les examine et procède finalement à une

*Les questions précontractuelles importantes dans les
contrats d'investissement en terres agricoles*

sélection, aboutissant, en général, à l'attribution d'un droit foncier et de droits connexes sous la forme d'un accord de concession. Le droit applicable aux appels d'offres, ainsi que les processus spécifiques, varient d'un pays à l'autre⁹⁶. L'appel d'offre a été plus couramment utilisé dans d'autres secteurs (par exemple, les projets d'infrastructure et les industries extractives) et, malgré une utilisation croissante dans le contexte des investissements agricoles, les offres non sollicitées restent plus courantes.

3.32. *Sélection des investisseurs.* La sélection comprend généralement plusieurs étapes⁹⁷. Une première étape consiste à examiner la proposition initiale de l'investisseur, notamment en considérant son adéquation avec les plans de développement, le site proposé et la situation financière et l'expertise de l'investisseur (par exemple sa capitalisation et son expérience antérieure en matière de projets d'infrastructure), ainsi qu'à obtenir l'avis initial de tout détenteur de droits fonciers légitimes et des communautés locales. Une deuxième étape consiste à examiner le plan de développement de l'investisseur et à déterminer les exigences en matière d'évaluation de diligence et d'impact. Une troisième étape consiste à vérifier le respect de ces exigences et se termine par la négociation et la signature des contrats. Divers outils et conseils sont à la disposition des personnes participant au processus de sélection, aussi bien de façon générale⁹⁸ que pour l'agriculture⁹⁹ et les infrastructures¹⁰⁰, en particulier.

3.33. *Importance de la transparence.* On observe une tendance croissante vers une plus grande transparence dans les processus de sélection. Lorsque l'information publique concernant ces processus fait défaut, les relations entre l'investisseur et les titulaires légitimes de droits de jouissance et les communautés locales risquent d'être compromises dès

⁹⁶ Voir FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers N°4, p. 62, tableau 5 (en montrant un "Exemple d'un processus d'approbation d'investissement" comprenant les différentes étapes, résultats et autorités d'approbation).

⁹⁷ CNUCED, Banque mondiale (BM). 2018. Screening Prospective Investors (en anglais seulement). Responsible Agricultural Investment (RAI) Knowledge into Action Notes, n° 6, pp. 3-4.

⁹⁸ Voir CNUDCI. 2014. Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics; CNUDCI. 2014. Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.

⁹⁹ CNUCED, Banque mondiale. 2018. Tools for screening prospective investors (en anglais seulement). Responsible Agricultural Investment (RAI) Knowledge into Action Note, n° 7.

¹⁰⁰ CNUDCI. 2001. Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, pp. 67 et suivantes.

le départ ¹⁰¹. La transparence de ces processus peut contribuer à éviter ces inconvénients et à lutter contre la corruption ¹⁰². Les informations sur l'investisseur, les études d'impact et les plans d'atténuation, ainsi que tous les contrats et accords connexes, doivent tous être mis à la disposition des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales. Cette transparence peut être limitée en cas d'informations confidentielles (y compris dans les contrats et les accords connexes), ce qui est abordé plus en détail au Chapitre 4.V en rapport avec les obligations de suivi et de rapport.

D. L'évaluation des terrains

3.34. *Approche des systèmes terrestres.* Pour garantir la viabilité des projets d'investissement agricole, les parties intéressées doivent s'assurer que les terres identifiées dans l'étude de faisabilité sont à la fois disponibles et adaptées au type particulier d'investissement envisagé ¹⁰³. Les Principes RAI du CSA fournissent quelques points de repère en ce qui concerne le processus de détermination de l'adéquation d'une parcelle de terre donnée. Tout d'abord, il convient d'accorder l'attention et la considération nécessaires aux détenteurs de droits fonciers légitimes et à la manière dont ils peuvent avoir besoin d'utiliser la terre et ses ressources naturelles pendant l'investissement ¹⁰⁴. Deuxièmement, il est essentiel de vérifier la disponibilité et les conditions d'accès aux ressources naturelles ¹⁰⁵. Troisièmement, il s'agit de respecter les sites et les systèmes du patrimoine culturel et de reconnaître le rôle des communautés autochtones et des savoirs traditionnels au regard des ressources naturelles placées sur les terres pour la conservation de la biodiversité et le soutien de la diversité génétique ¹⁰⁶.

3.35. *Évaluation.* Dans le cadre des VGGT, les États doivent veiller à ce que des systèmes appropriés soient utilisés pour l'évaluation équitable de

¹⁰¹ CNUCED, Banque mondiale. 2018. Screening Prospective Investors (en anglais seulement). Responsible Agricultural Investment (RAI) Knowledge into Action Notes, n° 6, p. 3; voir en général CNUCED, Banque mondiale. 2018. Public transparency (en anglais). Responsible Agricultural Investment (RAI) Knowledge into Action Notes, n°10. Transparence publique (anglais seulement). RAI-KN, n° 10.

¹⁰² Voir généralement OCDE. 2016. Prévention de la corruption dans les marchés publics.

¹⁰³ FAO. 2012. VGGT, pp. 32-33.

¹⁰⁴ CSA. 2014. Principes RAI du CSA, Principe 5.

¹⁰⁵ *Id.*, Principe 6.

¹⁰⁶ *Id.*, Principe 7.

la valeur des droits fonciers ¹⁰⁷. En outre, les politiques et les lois devraient veiller à ce que les systèmes d'évaluation tiennent compte des valeurs non marchandes, comme les valeurs sociales, culturelles, religieuses, spirituelles, de genre et environnementales ¹⁰⁸. Ceci est particulièrement important pour l'acquisition de droits coutumiers sur les terres. Les projets d'investissement foncier qui portent particulièrement atteinte au patrimoine culturel, religieux ou esthétiques ou à des intérêts ou avantages symboliques qui s'attachent à la terre devraient s'orienter vers d'autres sites. Les bonnes pratiques recommandées pour établir la valeur des terres destinées à un investissement agricole devraient inclure la collecte et la documentation des droits fonciers, tels que les titres fonciers, les registres fiscaux, les cartes et les photos, les limites des villages et des communautés, le nombre de personnes qui sont propriétaires ou qui utilisent les terres, les ressources disponibles et utilisées, les sites culturels et les activités en cours sur chaque parcelle de terre ¹⁰⁹. Ces activités peuvent se faire dans le cadre du recensement et des consultations des parties prenantes (voir le Chapitre 2.II et la Section II ci-dessus).

3.36. *Défi de l'évaluation non marchande.* L'estimation de la valeur non marchande des droits fonciers, y compris les intérêts et les avantages fonciers, est une entreprise difficile mais essentielle ¹¹⁰. L'évaluation non marchande est habituellement effectuée lors de l'expropriation des droits fonciers afin d'estimer l'indemnisation ¹¹¹. Selon le Guide technique d'évaluation du VGGT, il n'est pas nécessaire d'estimer la valeur monétaire des valeurs non marchandes lorsque les droits de propriété ne sont pas transférés ou lorsqu'il n'y a pas de changement significatif dans l'utilisation des terres ¹¹². Lorsque les droits fonciers font l'objet de transactions, l'évaluation des actifs non marchands est une tâche difficile et souvent très subjective car il n'existe pas de preuves comparables sur lesquelles s'appuyer.

3.37. *Implication des parties prenantes concernées dans l'évaluation non marchande.* Comme le précise le Guide technique N° 11 de la FAO pour la

¹⁰⁷ FAO. 2012. VGGT, para. 18.1.

¹⁰⁸ *Id.*, para. 18.2.

¹⁰⁹ *Id.*, para. 17.1.

¹¹⁰ FAO. 2017. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°11 (en anglais seulement), p. 4. Pour la définition de la valeur non marchande, voir p. 12 du Guide mentionné.

¹¹¹ *Id.*, pp. 13, 58.

¹¹² *Id.*, p. 67.

gouvernance des régimes fonciers, l'évaluation non marchande est une tâche délicate et les évaluateurs devraient commencer par reconnaître que l'argent n'est pas le moyen d'échange habituel ni une mesure de la valeur lorsqu'ils cherchent à quantifier ce qui est par nature une valeur intangible ¹¹³. Une tâche essentielle consiste à rassembler des preuves sur lesquelles fonder l'estimation ¹¹⁴. Ceci peut être fait par la méthode de la valeur de remplacement qui suggère que, afin d'estimer la valeur des terres rurales, le coût de remplacement annuel total d'un panier de biens standard est estimé pour une famille type, et ce coût peut être multiplié par le nombre de familles dans la communauté ¹¹⁵. À cette fin, les entretiens en personne et les enquêtes par questionnaire sont souvent utilisés avec des questions calibrées pour saisir la perception de la valeur de la société, par opposition à la perception de la valeur d'un individu donné. Les coûts de l'indemnisation pour les ressources naturelles et les droits d'accès et d'utilisation qui y sont liés pour les communautés locales et les groupes autochtones doivent être reflétés dans les obligations monétaires à la charge des investisseurs dans les CITA (voir le Chapitre 4.II.A concernant les obligations monétaires).

3.38. *Créer des résultats mutuellement bénéfiques.* Lorsque les investissements dans les terres agricoles sous-estiment la valeur des terres agricoles pour les communautés locales, les populations autochtones et les groupes vulnérables, notamment les femmes et les jeunes, la probabilité d'effets indésirables augmente. Ces impacts comprennent les expulsions forcées, la faim et la pauvreté lorsque les investissements agricoles entraînent la perte de maisons et de sources de revenus comme les terres, la pêche et les forêts ¹¹⁶. Cela pourrait à son tour déclencher des litiges susceptibles de compromettre la faisabilité des projets et d'entraîner des risques économiques et de réputation pour les investisseurs.

3.39. *Acquisition forcée et expropriation en général.* Alors que les VGGT découragent l'expropriation pour les investissements fonciers, celle-ci peut avoir lieu à des fins d'utilité publique. L'expropriation, ou l'acquisition forcée dans certains États ¹¹⁷ est l'acte d'un gouvernement ou d'une autorité compétente qui acquiert des droits fonciers à des fins publiques sans le

¹¹³ *Id.*, p. 68.

¹¹⁴ *Id.*, pp. 68-69.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Voir FAO. 2012. VGGT, Préface, p. v.

¹¹⁷ Voir FAO. 2008. Compulsory acquisition of land and compensation (en anglais seulement). Land Tenure Studies No. 10.

consentement volontaire de leurs détenteurs ¹¹⁸. C'est un acte qui peut être nécessaire, par exemple, pour le développement social ou économique (par exemple pour construire des routes ou des hôpitaux) ou pour la protection de l'environnement (par exemple pour construire des installations d'égouts ou pour créer des zones préservées).

3.40. *Expropriation et diligence raisonnable.* Bien que l'expropriation relève du mandat réglementaire d'un gouvernement, la planification ou la réalisation d'un investissement agricole sur une terre qui doit être expropriée ou qui a déjà été expropriée – à la suite de quoi ou pour laquelle des personnes sont expulsées – devrait inciter un investisseur responsable à reconsidérer soigneusement cet investissement. En effet, les expulsions et les réinstallations ont été identifiées comme des facteurs à haut risque qui indiquent qu'un investissement ne devrait peut-être pas être réalisé ¹¹⁹. En outre, les expulsions forcées, même lorsque le terrain appartient au gouvernement, seraient incompatibles avec les obligations du droit au logement pour les États qui ont ratifié le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ¹²⁰.

3.41. *Expropriation et évaluation.* Les VGGT fournissent des orientations détaillées sur l'expropriation et l'obligation d'indemnisation qui y est liée ¹²¹, notamment l'expropriation des droits uniquement lorsqu'elle est nécessaire à des fins d'utilité publique tel que définie par la loi et en permettant un contrôle juridictionnel; la garantie que la planification et le processus d'expropriation sont transparents et participatifs et qu'ils réduisent au maximum la perturbation des moyens de subsistance, en particulier ceux des personnes pauvres ou vulnérables; la garantie d'une évaluation équitable des droits expropriés et d'une indemnisation rapide; lorsque les terres expropriées ne sont pas utilisées, le rachat en premier lieu aux détenteurs des droits fonciers originels; en s'efforçant d'empêcher la

¹¹⁸ FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers No. 5, p. 51.

¹¹⁹ FAO. 2017. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers No. 7, p. IX (comprenant, entre autres facteurs à haut risque, que "[le] gouvernement a acquis la terre par expropriation ou le projet doit procéder à des expropriations pour pouvoir libérer la terre pour son exploitation, ce qui suppose dans les deux cas l'expulsion des populations locales" et que "[la] conception du projet implique un transfert à grande échelle des droits fonciers des populations locales ce qui peut conduire à la réinstallation forcée ou volontaire, de nombreuses personnes").

¹²⁰ CESCR. 1997. Observation Générale 7: le droit à un logement suffisant (art.11.1): expulsions forcées.

¹²¹ FAO. 2017. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers N°11 (en anglais seulement), p. 65. Voir aussi FAO. 2012. VGGT, paras. 16.1-16.9.

corruption; et lorsque les expulsions sont considérées comme justifiées par l'intérêt public, en explorant les alternatives possibles, en consultation avec les personnes concernées, en prenant des mesures appropriées pour fournir un logement de remplacement adéquat, les aider à se réinstaller ailleurs ou leur donner un accès à des terres productives, et en procédant aux expulsions et aux réinstallations d'une manière qui soit compatible avec le devoir de l'État de respecter, protéger et réaliser les droits de l'homme ¹²².

IV. LES ANALYSES D'IMPACT

3.42. *Pertinence des analyses d'impact.* Les analyses d'impact sont un élément essentiel de la gestion des risques dérivant des effets négatifs potentiels d'un investissement ¹²³. Différents types d'études d'impact peuvent être nécessaires, en fonction de la nature, de la taille et du contexte particuliers de l'investissement. Ces évaluations permettent aux parties de prendre des mesures pour éviter ou atténuer les effets négatifs. Elles sont généralement étayées par le droit national ou international, et sont également de plus en plus reconnues comme une bonne pratique à adopter par les investisseurs, même lorsqu'ils n'y sont pas tenus par la loi. Les investissements en terres agricoles doivent identifier et traiter les impacts sociaux et environnementaux potentiels, par exemple sur les pratiques agricoles traditionnelles (telles que la capacité des petits exploitants à utiliser leurs semences et les méthodes de production traditionnelles) et sur les droits fonciers légitimes liés à la terre, au sol, à l'eau, à la biodiversité, aux pêches et aux forêts. Ces analyses devraient être réalisées *ex ante* par des experts indépendants ¹²⁴.

3.43. *Orientations.* Les VGGT requièrent que des études d'impact indépendantes soient menées dans le cadre d'investissements en terres agricoles en vue de sauvegarder les droits fonciers, la sécurité alimentaire et la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate, des moyens de subsistance et de l'environnement ¹²⁵. Le Principe 10 des

¹²² FAO. 2012. VGGT, paras. 16.1-16.9.

¹²³ *Id.*, para. 12.10.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ FAO. 2012. VGGT, para. 12.10 indique que "[l]orsque sont envisagés des investissements qui comportent des transactions à grande échelle portant sur des droits fonciers, y compris des acquisitions et des accords de partenariat, les États devraient s'employer à faire en sorte que les différentes parties puissent procéder à des évaluations préalables indépendantes des incidences potentielles – positives et négatives – que ces investissements sont susceptibles d'avoir sur les droits fonciers,

Les questions précontractuelles importantes dans les contrats d'investissement en terres agricoles

Principes RAI du CSA recommande, en outre, que les investissements responsables intègrent des mécanismes d'évaluation des impacts économiques, sociaux, environnementaux et culturels, en particulier pour les acteurs vulnérables ¹²⁶.

3.44. *Une approche holistique, intégrée et participative.* Il existe un nombre croissant d'orientations internationales sur les évaluations d'impact qui suggèrent que les bonnes pratiques favorisent la réalisation de cet exercice de manière holistique ¹²⁷. On observe également une tendance à mener simultanément diverses évaluations d'impact, notamment celles concernant les impacts environnementaux, sociaux, sur les droits de l'homme, culturels et économiques, ainsi que les impacts sur les droits de propriété intellectuelle liés aux droits des obtenteurs de variétés végétales. En effet, un cadre plus complet reflète l'interdépendance des préoccupations biophysiques, socio-économiques et des droits de l'homme, et contribue à encourager des mesures proactives plutôt que de simplement chercher à atténuer les impacts négatifs ¹²⁸. L'adoption d'une approche intégrée d'évaluation d'impact centrée sur la durabilité peut fournir une plate-forme pour la prise en compte globale des différents niveaux d'évaluation d'impact.

3.45. *Participation et responsabilité.* L'orientation se dirige de plus en plus vers une évaluation d'impact participative, où les parties prenantes jouent un rôle actif. Rendre publiques les évaluations d'impact permet de mettre en cause la responsabilité des investisseurs et des États ¹²⁹. En effet, les évaluations d'impact qui sont menées de manière indépendante et

sur la sécurité alimentaire et la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate, sur les moyens de subsistance et sur l'environnement. Les États devraient aussi veiller à ce qu'il soit procédé au recensement systématique et impartial des droits fonciers légitimes existants ou revendiqués, y compris ceux qui relèvent de régimes fonciers coutumiers ou informels, ainsi que des droits et des moyens de subsistance des tierces personnes également concernées par ces investissements comme les petits producteurs”.

¹²⁶ CSA. 2014. Principes RAI du CSA, Principe 10.

¹²⁷ Par exemple, voir OCDE. 2010. Orientations pour les études d'impact sur la durabilité.

¹²⁸ CNUCED. Banque mondiale. 2017. Agriculture Global Practice: Discussion Paper 12. The impact of larger-scale agricultural investments on local communities: updated voices from the field.

¹²⁹ Il est à noter que certaines informations comme le financement d'un plan de développement peuvent constituer des renseignements commerciaux confidentiels et peuvent, en vertu des lois applicables, être exemptés de divulgation. Voir HCDH. 2011. Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Principe 21.

transparente fournissent des données de base pour contrôler et mesurer les incidences à travers la durée du projet. En outre, elles donnent également à l'investisseur la possibilité d'évaluer les changements nécessaires à son projet et d'en communiquer les résultats aux parties prenantes.

3.46. *Éléments essentiels.* Pour qu'une analyse d'impact sur des investissements fonciers remplisse son objectif, elle doit suivre une méthode systématique portant sur, entre autres, les éléments essentiels suivants:

- l'identification de tous les détenteurs de droits fonciers légitimes susceptibles d'être affectés;
- la mise en place de mécanismes pour assurer la participation des personnes affectées, notamment les groupes vulnérables susceptibles d'être exclus ou à qui on donne trop de poids lors des consultations (par exemple les femmes, les jeunes et les travailleurs sans terre);
- la mise en place d'un processus d'examen et de recours pour traiter toute réclamation concernant les analyses d'impact; et
- la mise en place des plans de suivi et d'évaluation, notamment ceux qui visent à atténuer les incidences négatives éventuelles.

3.47. *Plan de la section.* Tel que discuté, une approche holistique peut mieux identifier et traiter les impacts des investissements en terres agricoles. Cela dit, les paragraphes suivants fournissent des orientations plus détaillées sur plusieurs types d'évaluations d'impact que les parties contractantes et les parties prenantes devraient envisager¹³⁰: (A) environnemental, (B) social et (C) des droits de l'homme.

¹³⁰ Les types d'analyses d'impact décrits dans cette section ne sont pas exhaustifs et les parties contractantes, ainsi que les autres parties prenantes, devraient envisager d'autres analyses d'impact pour lesquelles des orientations ne sont pas ici fournies, comme, par exemple, les analyses d'impact économique. Les évaluations économiques de projets de développement à grande échelle sont des outils de décision utiles pour la mise en œuvre et plusieurs méthodes d'évaluation économique différentes pourraient être entreprises (par exemple, la méthode du "prix de référence" se concentre sur la mesure des avantages pour la communauté en calculant l'impact du projet sur la croissance nette des revenus sur la base des prix théoriques des biens produits et des moyens de production consommés; la méthode des "effets" se concentre sur la manière dont la valeur ajoutée du projet est répartie entre les agents économiques).

A. L'impact environnemental

3.48. *Évaluations d'impact environnemental (EIE)*. Les Principes RAI du CSA encouragent les investisseurs et les États à prendre en compte les impacts environnementaux découlant des investissements agricoles ¹³¹. Les Principes encouragent les États et les investisseurs à conserver et à gérer durablement les ressources naturelles, à accroître la résilience et à contribuer à réduire les risques environnementaux. À cette fin, les États et les investisseurs peuvent procéder à l'évaluation des effets cumulatifs en prenant les mesures suivantes: empêcher ou réduire au minimum les incidences négatives sur l'air, la terre, le sol, l'eau et les forêts; conserver la biodiversité et restaurer les écosystèmes; réduire les déchets; accroître la résilience des systèmes et des habitats aux effets du changement climatique; réduire ou supprimer les émissions de gaz à effet de serre et intégrer les connaissances traditionnelles et scientifiques. En outre, si le projet d'investissement prévu est susceptible d'avoir un impact environnemental transfrontalier négatif important (par exemple, pollution atmosphérique, voies navigables internationales), l'État hôte est tenu, en vertu du droit international coutumier, de notifier et de consulter les États potentiellement touchés (voir le Chapitre 1.I.B).

3.49. *Approche intégrée de l'EIE*. Une approche intégrée de l'EIE est reconnue internationalement comme une bonne pratique et demande que différents aspects soient pris en compte au-delà des impacts sur l'environnement en soi, y compris les droits de l'homme, les impacts sociaux, économiques et culturels liés à l'environnement ¹³². Par exemple, les projets financés par la Société financière internationale (SFI) sont soumis à la norme de performance 1 de la SFI qui recommande aux investisseurs d'adopter un système de gestion environnemental et social (SGES) pendant toute la durée du projet ¹³³.

3.50. *Impacts environnementaux qui peuvent être évalués*. Lors de la réalisation d'une EIE, les parties contractantes devraient identifier les autres entités concernées et l'investisseur doit identifier la zone d'influence, les groupes défavorisés ou vulnérables, ainsi que les impacts sur les

¹³¹ CSA. 2014. Principes RAI du CSA, Principe 6 (Conserver et gérer de manière durable les ressources naturelles, renforcer la résilience et réduire les risques de catastrophe).

¹³² Programme des Nations Unies pour l'Environnement. 2019. Guidelines for Conducting Integrated Environmental Assessments (en anglais seulement), p. 12.

¹³³ SFI. 2012. Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale, pp. 6 et suivantes.

installations connexes (chemins de fer, routes, services publics). Pour répondre aux impacts potentiels, les investisseurs devraient préparer des programmes de gestion mettant en place des procédures opérationnelles, des pratiques, des plans et des accords juridiques pour traiter les risques et les impacts. Ils devraient inclure des plans d'action environnementaux et sociaux avec des objectifs mesurables ainsi que des procédures de suivi et d'examen, et d'engagement des parties prenantes (voir le Chapitre 4.III sur les droits et obligations des parties quant à l'environnement).

3.51. *Évaluation environnementale stratégique (EES)*. L'EES se concentre sur les actions proposées au niveau politique, programmatique ou législatif, ce qui signifie qu'elle tend à se concentrer sur le tableau d'ensemble. En général, si une EES a été menée, l'EIE peut en tirer de nombreux éléments, ce qui rend l'EIE potentiellement plus rapide et plus facile à conclure. Par exemple, l'EES peut être appliquée aux politiques agricoles afin de garantir que les considérations environnementales sont correctement prises en compte lors de la mise en œuvre de ces politiques par la spécification des activités nécessitant une EIE. Cependant, pour éviter un nivellement par le bas des normes EIE/ESE, les pays voisins devraient également envisager de développer des exigences minimales au niveau régional.

3.52. *Consultation publique*. Une EIE est inefficace si elle n'est pas menée dans le cadre d'un processus de consultation publique solide. La garantie que cela est fait correctement dépendra des spécificités de l'investissement proposé en question, en tenant compte du cadre juridique national, de l'existence de normes environnementales strictes et de stratégies à long terme ¹³⁴. L'inclusion est un élément clé pour une participation publique efficace: les femmes, les jeunes, les personnes et leurs communautés, ainsi que les petits détenteurs ont un rôle vital dans la gestion de l'environnement et le développement durable ¹³⁵.

B. L'impact social

3.53. *Évaluations d'impact social (EIS)*. Les obligations légales imposées aux investisseurs pour la réalisation des EIS sont moins courantes, mais il y a une expérience croissante avec les EIS, et de nombreuses exigences

¹³⁴ Pour un aperçu global de la législation concernant les évaluations des incidences sur l'environnement, voir ONU Programme pour l'Environnement. 2018. *Assessing Environmental Impacts - A Global Review of Legislation* (en anglais seulement).

¹³⁵ ONU. 1992. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Principes 20-22.

des EIE sont interprétées et appliquées comme incluant les dimensions sociales. Les EIS peuvent aider les États et les investisseurs à identifier et à traiter tous les impacts sociaux pertinents, y compris les impacts que l'investissement peut avoir sur les droits des communautés locales et des peuples autochtones. À cet égard, une EIS solide peut permettre aux parties d'éviter ou de minimiser les déplacements, et/ou de prendre des mesures qui peuvent atténuer les impacts négatifs, par exemple en prévoyant la poursuite de l'utilisation des terres à des fins de subsistance dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec le fonctionnement de l'investissement (par exemple, bétail, eau, cultures, gibier).

3.54. *Contribution au développement durable.* Les EIS peuvent également aider à calibrer la conception de l'investissement afin de maximiser sa contribution au développement économique durable et inclusif et à l'éradication de la pauvreté ¹³⁶. La participation effective des parties prenantes concernées au processus d'EIS est essentielle si l'évaluation doit identifier et traiter correctement les impacts sociaux. Les orientations sur la consultation et le CPLCC (voir le Chapitre 3.II), et sur les systèmes de plaintes (voir le Chapitre 7), sont pertinentes pour concevoir des processus participatifs d'EIS.

3.55. *Analyse de l'impact sur le genre.* En outre, sur la base du droit à l'égalité de traitement et de l'interdiction de la discrimination, une EIS devrait inclure des critères pour évaluer l'égalité des sexes. Une analyse de l'impact de genre devrait être réalisée avec la pleine participation des femmes rurales et dans le respect de leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. Étant donné que la capacité des femmes à posséder, contrôler, bénéficier et accéder à la terre est considérablement limitée, les investissements dans les terres agricoles devraient chercher à bénéficier de façon égale aux femmes et aux hommes ¹³⁷.

C. L'impact sur les droits de l'homme

3.56. *Objectif d'études d'impact sur les droits de l'homme (EIDH).* De nombreux investisseurs effectuent désormais régulièrement des EIDH dans

¹³⁶ *Id.*, Principe 5.

¹³⁷ Ces aspects sont abordés de manière exhaustive dans d'autres guides internationaux, notamment: FAO. 2018. Réaliser les droits des femmes à la terre dans la loi; ONU Habitat. 2008. Gendering Land Tools. Atteindre la sécurité d'occupation pour les femmes et les hommes.

le cadre de la gestion des risques de leur entreprise ¹³⁸. Une EIDH permet à un investisseur de se concentrer sur les risques encourus à l'égard des communautés ou des individus affectés par un projet. Les EIDH consistent avant tout en une analyse des droits fondée sur l'identification des titulaires de droits et des titulaires d'obligations, et cherchent à promouvoir la responsabilité pour la violation des droits. Par ailleurs, en faisant des droits de l'homme l'objet de l'évaluation, les EIDH élargissent la gamme des incidences mesurées par rapport aux autres types d'études d'impact, en particulier sur les personnes les plus vulnérables et les plus défavorisées. Cette approche permet d'analyser les incidences selon des critères plus spécifiques tels que "[le] sexe, [l']âge, [la] situation géographique et ethnique, selon la participation à l'économie informelle et tous autres facteurs pertinents" ¹³⁹.

3.57. *Importance et bénéfiques.* Les VGGT recommandent vivement la réalisation d'une EIDH "[c]ompte tenu du fait que tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés, la gouvernance des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts devrait tenir compte non seulement des droits qui touchent directement à l'accès aux terres, aux pêches et aux forêts et à l'exploitation de celles-ci mais aussi de tous les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels" ¹⁴⁰. L'EIDH garantit que les questions relatives aux droits de l'homme sont inscrites à l'ordre du jour des parties contractantes, ce qui contribue à renforcer la responsabilité des gouvernements et des

¹³⁸ Le Commentaire du Principe 17 des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme prévoit que "[l]a diligence raisonnable en matière de droits de l'homme peut être incorporée dans les systèmes de gestion des risques de l'entreprise au sens large, sous réserve qu'elle ne se borne pas à identifier et gérer les risques importants auxquels l'entreprise est elle-même exposée et prenne en compte les risques encourus par les titulaires de droits", p. 21.

¹³⁹ Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA-ONU). 2017. Rapport: la Zone de libre-échange continentale (ZLEC) en Afrique, vue sous l'angle des droits de l'homme, p. 15.

¹⁴⁰ FAO. 2012. VGGT, para. 4.8. Voir aussi: FAO. 2016. Guide technique des Directives volontaires, N°4, p. 59. En outre, le Principe 19 des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme prévoit que: "[a]fin de prévenir et d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme, les entreprises devraient tenir compte des résultats de leurs études d'impact pour toute l'étendue des fonctions et processus internes pertinents et prendre les mesures qui s'imposent ... [qui]... varieront selon: i) Que l'entreprise est à l'origine de l'incidence négative ou y contribue, ou qu'elle est impliquée seulement parce que l'incidence est directement liée à son exploitation, ses produits ou ses services par une relation commerciale; ii) Qu'elle dispose d'une marge de manœuvre plus ou moins élevée pour lutter contre l'incidence négative".

investisseurs en matière de droits de l'homme. Des conditions contractuelles strictes sur le calendrier de financement du projet, par exemple, peuvent limiter la capacité d'un investisseur à respecter les droits de l'homme (voir la Section V.B. ci-dessous concernant les conditions). Cela peut se produire parce que ces contraintes de temps pour la réalisation d'un projet peuvent éclairer des décisions qui imposent des contrôles sur les fournisseurs et les entrepreneurs d'une manière qui pourrait violer les droits des travailleurs. En bref, une EIDH place les risques liés aux droits de l'homme sur le même pied que les risques sociaux, environnementaux, techniques et économiques qui sont mesurés dans d'autres types d'études d'impact, de plans de développement et d'études de faisabilité. Cependant, contrairement à d'autres types d'études d'impact dans lesquelles des compromis entre les divers risques et avantages d'un projet peuvent être proposés, une EIDH part du principe que "les droits de l'homme ne sont pas un sujet comme les autres" qui pourrait être mis en balance avec d'autres intérêts.

3.58. *Devoir de l'État de protéger les droits de l'homme.* Les États sont tenus de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme, et de prévoir des recours en cas d'incidences négatives. Les États devraient prendre des mesures supplémentaires de protection contre toute violation de ces droits par des acteurs non étatiques qui reçoivent un appui ou des services importants de l'État. En vertu des Principes directeurs des Nations Unies, les obligations qui incombent aux États comprennent l'obligation de veiller à ce que les acteurs privés ne violent pas ces droits sur leur territoire ¹⁴¹. Cela signifie également que les États ont le devoir de veiller à ce que les acteurs privés respectent les droits de l'homme ¹⁴².

¹⁴¹ Le Principe 1 des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, prévoit que "[l]es États ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ou sous leur juridiction. Cela exige l'adoption de mesures appropriées pour empêcher ces atteintes, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires".

¹⁴² Les Principes généraux des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme reconnaissent fondamentalement: "a) les obligations existantes qui incombent aux États de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme et les libertés fondamentales; b) le rôle dévolu aux entreprises en qualité d'organes spécialisés de la société remplissant des fonctions particulières, tenues de se conformer à toutes les lois applicables et de respecter les droits de l'homme; c) la nécessité que les droits et obligations s'accompagnent des voies de recours appropriées et efficaces en cas de violation", p.1.

3.59. *Obligation de l'investisseur de respecter les droits de l'homme.* En vertu du Principe 11 des Principes directeurs des Nations Unies, "les entreprises devraient respecter les droits de l'homme. Cela signifie qu'elles devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part". L'Association internationale du barreau (IBA), par exemple, a approuvé les Principes directeurs des Nations Unies sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme selon laquelle les entreprises recensent les risques concernant les droits de l'homme dans de cadre de leurs activités et relations commerciales. Les structures d'investissement complexes – ou réseaux d'investissement – qui impliquent plusieurs acteurs et filiales doivent être prises en compte pour prévenir et traiter les problèmes de droits de l'homme. En outre, la FAO a approuvé les Principes directeurs des Nations Unies de diverses manières, notamment dans son document d'orientation intitulé "Due diligence, tenure and agricultural investment: A guide to the dual responsibilities of private sector lawyers advising on the acquisition of land and natural resources"¹⁴³.

3.60. *Droits couverts.* L'EIDH peut être utilisée pour mesurer les impacts sur les droits de l'homme fondamentaux, ainsi que sur les droits procéduraux protégés par les instruments internationaux, régionaux et nationaux des droits de l'homme¹⁴⁴. Dans le contexte des investissements en terres agricoles, les droits de l'homme fondamentaux à évaluer comprennent, entre autres, ceux liés au droit à la propriété¹⁴⁵; au droit à

¹⁴³ FAO. 2019. Due diligence, tenure and agricultural investment: a guide on the dual responsibilities of private sector lawyers in advising on the acquisition of land and natural resources. FAO Legal Guide No. 1 (en anglais).

¹⁴⁴ Voir, par exemple, HCDH. 1966. Pacte international relatif aux droits civils et politiques; Organisation des États américains (OEA). 1969. Convention américaine relative aux droits de l'homme; Conseil de l'Europe. 1950. Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; Union africaine. 1981. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁴⁵ Voir, par exemple, ONU. Assemblée générale. 1948. Déclaration universelle des droits de l'homme. Article 17. Au niveau régional, voir, par exemple, l'Union africaine. 1981. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qui prévoit à l'article 14 que: "[l]e droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité"; à l'article 21(1) que "[l]es peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles"; à l'article 21(5) "[l]es États, parties à la présente Charte, s'engagent à éliminer toutes les formes d'exploitation économique étrangère, notamment celle qui est pratiquée par des monopoles internationaux, afin de permettre à la population de chaque pays de bénéficier pleinement des avantages provenant de ses ressources nationales"; et à l'article 22(1) "[t]ous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité".

une alimentation adéquate ¹⁴⁶; au droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile ¹⁴⁷; au droit à un salaire équitable; à des conditions de travail sûres et saines ¹⁴⁸; au droit à la culture ¹⁴⁹; aux droits des peuples autochtones ¹⁵⁰; et au droit à l'eau et à l'assainissement qui découle du droit à un niveau de vie adéquat ¹⁵¹. Les droits de l'homme procéduraux à prendre en compte comprennent: la consultation publique, l'accès à l'information et l'accès à la justice. Bien que les droits fonciers ne soient pas reconnus comme un droit de l'homme fondamental pour tous, on observe une tendance à reconnaître, par exemple, les droits des femmes à la terre pour réaliser les droits de l'homme fondamentaux des femmes ¹⁵².

3.61. *Collecte d'informations affectant les droits de l'homme.* La réalisation d'une EIDH permet de recueillir des informations sur la manière dont les activités commerciales proposées pourraient affecter les droits de l'homme ¹⁵³. Une EIDH peut mesurer les incidences sur les droits sociaux et les moyens de subsistance ¹⁵⁴, ainsi que sur la qualité de vie. Les incidences d'un projet sur la qualité de vie peuvent être mesurées par des indicateurs socio-économiques tels que les revenus et l'emploi, ainsi que les infrastructures et la prestation des services. Les incidences culturelles d'un projet sur les valeurs, les croyances, le droit coutumier, les langues, les coutumes, l'organisation sociale et les traditions peuvent également être pris en compte dans une évaluation d'impact, en particulier lorsque les

¹⁴⁶ Voir HCDH. 1966. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, article 11.

¹⁴⁷ Voir HCDH. 1966. Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 17.

¹⁴⁸ Voir, par exemple, ONU. Assemblée générale. 1948. Déclaration universelle des droits de l'homme, articles 23 et 24; et HCDH. 1966. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, article 7.

¹⁴⁹ ONU. Assemblée générale. 1948. Déclaration universelle des droits de l'homme, article 27.

¹⁵⁰ Un ensemble de règles de droit international protège les droits des peuples autochtones, notamment ONU. Assemblée générale. 2007. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA).

¹⁵¹ Voir HCDH. 1966. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, article 11. Voir aussi: ONU. Assemblée générale. 2010. Résolution 64/292 Le droit de l'homme à l'eau et à l'assainissement.

¹⁵² Voir FAO. 2018. Realizing women's rights to land in the law; UN Women. 2013. Realizing Women's Rights to Land and Other Productive Resources. (en anglais seulement).

¹⁵³ FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers N°4, pp. 58-59.

¹⁵⁴ *Id.*, p. 60.

communautés autochtones peuvent être affectées par un projet d'investissement foncier et où les petits exploitants agricoles ont des traditions agricoles et des utilisations des semences particulières.

3.62. *Accès à l'alimentation.* Une EIDH peut également évaluer la mesure dans laquelle les investissements agricoles affectent l'accès local à l'alimentation, surtout si un projet d'investissement fait perdre l'accès aux terres sur lesquelles les individus cultivent leurs aliments ¹⁵⁵. Les Principes 1 et 2 des Principes RAI du CSA encouragent les investissements responsables à contribuer à la sécurité alimentaire et à la nutrition ¹⁵⁶, s'agissant notamment de soutenir le droit à une alimentation adéquate. Ce type d'évaluation d'impact doit également prendre en compte les droits des agriculteurs, en particulier l'intérêt des petits exploitants, à éviter de compromettre leur capacité à gagner leur vie (par exemple lorsqu'ils sont obligés d'acheter des semences qui peuvent être économiquement irréalisables).

3.63. *Évaluation de l'impact sur le droit à l'alimentation (EIDA).* Un investissement qui ne porte pas atteinte au droit à l'alimentation devrait idéalement avoir les effets suivants: accroître la production durable et la productivité d'aliments sains et nutritif; réduire le gaspillage alimentaire; améliorer les revenus et réduire la pauvreté; accroître l'équité, la transparence et l'efficacité des marchés; améliorer l'utilisation des aliments par l'accès à l'eau potable, l'assainissement, l'énergie, la technologie, la garde des enfants, la santé et l'éducation. Une EIDA permet aux États de "déterminer l'impact des politiques, programmes et projets nationaux sur la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate de la population en général et des groupes vulnérables en particulier" ¹⁵⁷. En outre, une évaluation de l'impact alimentaire peut aider à atteindre l'objectif des VGGT d'encourager les États et les investisseurs à reconnaître que des investissements durables sont essentiels pour améliorer la sécurité alimentaire. Une étude d'impact peut fournir des informations sur la question de savoir si les États encouragent des investissements responsables dans les terres, les pêches et les forêts qui, non seulement protègent le droit à l'alimentation, mais aussi protègent contre la

¹⁵⁵ FAO. 2017. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers N°7, p. 53.

¹⁵⁶ CSA. 2014. Principes RAI du CSA, pp. 11-12.

¹⁵⁷ FAO. 2005. Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du Droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale. Directive 17.2.

*Les questions précontractuelles importantes dans les
contrats d'investissement en terres agricoles*

dépossession des détenteurs de droits et les dommages environnementaux, et qui soutiennent les communautés locales, créent des emplois et diversifient les moyens de subsistance ¹⁵⁸.

3.64. *Impact sur les droits de propriété intellectuelle (DPI)*. Le lien entre les DPI et les droits fonciers est un élément crucial à prendre en compte. Avant de procéder à un CITA, les parties doivent examiner les implications des DPI, telles que celles découlant de l'application de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et du régime de protection axé sur l'obtenteur proposé par l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV). À cet égard, les investisseurs doivent tenir dûment compte des connaissances traditionnelles des communautés locales et des techniques de conservation des semences.

3.65. *Flexibilité*. En fin de compte, pour assurer une efficacité maximale, chaque EIDH doit être adaptée au contexte particulier d'un investissement donné. Par exemple, en vertu des Principes directeurs des Nations Unies, bien que toutes les entreprises aient l'obligation de respecter les droits de l'homme, "la portée et la complexité des moyens par lesquels les entreprises s'acquittent de cette responsabilité peuvent varier selon ces facteurs et la gravité des incidences négatives sur les droits de l'homme" ¹⁵⁹. Par ailleurs, le Principe 24 des Principes directeurs des Nations Unies prévoit que les entreprises doivent accorder la priorité à la prévention et à l'atténuation des incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont "les plus graves ou celles auxquelles tout retard d'intervention donnerait un caractère irrémédiable" ¹⁶⁰.

3.66. Une fois que les parties contractantes potentielles ont examiné de manière approfondie et en bonne et due forme les différents éléments qui composent la phase préparatoire précontractuelle, qui, comme on l'a vu plus haut, peut comprendre des éléments tels que le processus de diligence

¹⁵⁸ FAO. 2012. VGGT, para. 12.4.

¹⁵⁹ HCDH. 2011. Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Principe 14.

¹⁶⁰ Cette hiérarchisation des priorités est également reflétée dans le document OCDE-FAO. 2016. Guide pour des filières agricoles responsables, qui recommande aux entreprises de mettre en place des systèmes de gestion solides pour identifier, évaluer et hiérarchiser les impacts négatifs environnementaux, sociaux et sur les droits de l'homme, et pour classer les risques en fonction du contexte et du type d'entreprise, selon qu'ils sont faibles, moyens ou élevés. Cela ouvre la voie à la conception et à la mise en œuvre de stratégies pour répondre aux risques ainsi identifiés.

raisonnable, la réalisation de consultations, la conduite d'études de faisabilité, la préparation de plans de développement et de propositions d'investissement, et la réalisation d'évaluations d'impact afin d'avoir une image complète des impacts et avantages potentiels de l'investissement proposé, si elles décident de faire avancer le projet, l'étape suivante du processus concerne les étapes supplémentaires telles que les négociations et la forme, le contenu et les conditions connexes appropriés qui conduisent à la formation effective du contrat, comme décrit ci-dessous.

V. LA FORMATION DU CONTRAT

3.67. *Introduction.* Le processus de formation du contrat comprend une série d'étapes, notamment des échanges préliminaires d'informations, et une période de consultations et de négociations. Ce processus détermine les obligations et les droits énoncés dans les documents contractuels et liera les parties pendant toute la durée du contrat (voir le Chapitre 4).

3.68. *Importance de la bonne foi.* Bien qu'elle ne soit pas universellement acceptée comme un principe de la formation des contrats, conformément aux bonnes pratiques consacrées, tout le processus de formation du contrat doit être conduit de manière équitable, transparente et de bonne foi ¹⁶¹. La bonne foi peut impliquer l'application (ou l'abstention d'adopter) de certains comportements ¹⁶², et peut également avoir des implications sur le niveau d'information à communiquer pendant la phase de négociation ¹⁶³.

3.69. *Plan de la section.* Cette section traite des aspects clés de la formation des contrats dans le contexte des CITA, y compris (A) les négociations et (B) la forme, le contenu et les conditions.

A. Les négociations

3.70. *En général.* Les négociations impliquent deux ou plusieurs parties potentielles qui discutent et cherchent à s'entendre sur les conditions qui régiront leur relation, notamment les moyens de communication et de notification, les diverses obligations et droits des parties, les mécanismes de surveillance de la conformité et les plans pour formuler des réclamations et régler des différends.

¹⁶¹ Voir les Principes d'UNIDROIT, articles 1.7 (Bonne foi) et 2.1.15 (Mauvaise foi dans les négociations).

¹⁶² Voir, par exemple, *id.*, article 1.8 (Interdiction de se contredire).

¹⁶³ Voir, par exemple, *id.*, article 2.1.15, Commentaire 2.

*Les questions précontractuelles importantes dans les
contrats d'investissement en terres agricoles*

3.71. *Participation.* D'une manière générale, les participants aux négociations devraient comprendre non seulement les investisseurs et les concédants potentiels (par exemple le gouvernement ou la communauté locale), mais aussi tous les détenteurs de droits fonciers légitimes qui utilisent et ont des droits sur les terres faisant l'objet de l'opération de transfert de droits fonciers et droits connexes. Par conséquent, les négociations sont intrinsèquement liées à l'exercice de la diligence raisonnable, avec notamment l'identification des éventuelles parties et des parties prenantes ainsi que des terres et des incidences possibles (voir la Section I ci-dessus). Tous les participants devraient bénéficier d'une représentation juridique adéquate et avoir accès aux informations provenant des analyses d'impact et aux activités liées à la diligence raisonnable.

3.72. *Paramètres et procédure.* Pour garantir que les négociations se déroulent de manière transparente et inclusive, les participants devraient généralement s'entendre sur la procédure, notamment sur le lieu, la langue et les dates des réunions, ainsi que le calendrier global. Les négociations peuvent se dérouler de différentes façons avec, par exemple, diverses phases aboutissant à différents accords ou à des négociations plus longues aboutissant à un accord principal global, les deux cas pouvant également impliquer des accords connexes avec les détenteurs de droits fonciers légitimes. Comme indiqué dans la Section III.C ci-dessus, les droits fonciers et les droits connexes accordés par un gouvernement peuvent faire l'objet d'un appel d'offres.

3.73. *Clause d'intégralité du contrat.* Comme les négociations et le calendrier du projet d'investissement peuvent donner lieu à une série de contrats, certaines parties choisissent d'inclure une clause " d'intégralité de l'accord " dans le contrat final. Cette clause stipule que l'intégralité de l'accord des parties est reflétée dans le contrat et, sous réserve de conditions particulières, vise à écarter l'application de tout accord distinct et ses dispositions. Le but de ces clauses est d'accroître la certitude et la prévisibilité concernant les droits et obligations des parties en vertu du contrat. Pour assurer que ce type de clauses remplit cet objectif, elles doivent être examinées très attentivement et, si elles sont utilisées, le document écrit final doit effectivement refléter l'intégralité de l'accord des parties. Dans les situations où plusieurs contrats sont utilisés, les parties devraient également veiller à ce que lesdits contrats soient cohérents et uniformes, afin de minimiser les risques de malentendus et de litiges.

3.74. *Questions clés.* Les deux questions clés relatives aux négociations dans l'établissement de la relation contractuelle et la formation du contrat sont (1) la validité, et (2) la représentation et l'assistance dans les négociations.

1. Validité

3.75. *En général.* Afin d'assurer que le contrat ou l'ensemble des contrats est valide et exécutoire, les parties doivent être au courant des exigences de validité en vertu de la loi applicable. Une brève description des exigences communes en matière de validité est décrite ci-dessous.

3.76. *Capacité et consentement.* Qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, les parties doivent avoir la capacité juridique de conclure des CITA. Elles doivent également donner un consentement valable au moment de la formation du contrat. Les vices de consentement et les recours sont également régis par les dispositions impératives du droit interne. À cet égard, une question potentiellement délicate est celle de savoir si toutes les parties avaient une compréhension suffisante des conditions du contrat et de ses implications au moment de la conclusion du contrat ou de l'accord connexe. L'absence de consentement donné en connaissance de cause peut équivaloir à un défaut de consentement (par exemple, il peut être interprété comme une erreur de fait ou de droit, ou une fraude, entraînant l'annulabilité du contrat ou permettant d'autres recours). Étant donné que l'analphabétisme et les barrières linguistiques sont des obstacles courants, les circonstances des échanges entre les parties – par exemple, la question de savoir si les contrats, accords et/ou les informations pertinentes ont été mis à disposition dans une langue locale ou s'il y avait des facilitateurs – joueront un rôle déterminant pour évaluer si un consentement donné en connaissance de cause était effectivement absent, quels fondements peuvent être invoqués en vertu du droit applicable et les conséquences sur le contrat ainsi que les recours disponibles.

3.77. *Fraude et erreur.* En vue d'établir des relations durables fructueuses, les bonnes pratiques recommandent que les parties agissent de manière transparente et communiquent entre elles – avant la conclusion du contrat – des informations pertinentes non seulement sur l'exécution du contrat, mais aussi sur ses implications et ses risques potentiels. Les contrats et les accords basés sur la fraude, l'erreur ou la menace peuvent également être annulés par la partie lésée, en vertu du droit interne ou de tout autre droit applicable. En ce qui concerne l'erreur, la croyance erronée doit se rapporter aux faits ou au droit existant au moment de la formation

du contrat, et non aux anticipations ou au jugement d'une partie sur l'avenir ¹⁶⁴. Ainsi, un jugement erroné concernant, par exemple, les rendements futurs de la production et les recettes correspondantes ne donne pas lieu à une erreur impliquant l'annulation du CITA. De plus, l'erreur doit être d'une gravité telle (c'est-à-dire non insignifiante ou mineure) ¹⁶⁵ que l'exécution du contrat en l'état ne serait pas acceptable ou que la partie lésée ne mérite pas de protection du fait de son implication dans l'erreur ¹⁶⁶. De même, une représentation par une partie peut atteindre le niveau d'une fraude si elle est destinée à induire l'autre partie en erreur et à obtenir ainsi un avantage au détriment de celle-ci ¹⁶⁷.

3.78. *Contrainte et influence indue*. Des pressions indues au cours des négociations sous forme de menaces, de contrainte ou d'influence indue peuvent également rendre le contrat annulable. Sous réserve des exigences du droit interne ou du droit applicable, une menace qui ne présente à la partie lésée aucune autre solution raisonnable que consentir à l'affaire pourrait émaner de l'autre partie ou d'une entité extérieure aux négociations ¹⁶⁸. Dans certains cas, la contrainte économique ou commerciale peut être considérée comme une menace inappropriée. Toutefois, si la partie contractante n'a pas conscience de la pression indue et a agi en application du contrat ou de l'accord connexe, l'annulation par la partie lésée est exclue. Une influence indue peut se produire dans des situations où une partie est sous la domination d'une autre ou, compte tenu de la relation, on peut raisonnablement supposer que la partie lésée a pris des engagements incompatibles avec son propre intérêt. Dans le contexte agricole par exemple, des situations dans lesquelles le gouvernement cherche à accorder des droits fonciers et des droits connexes avec le soutien actif de l'armée, mais sans le soutien des détenteurs de droits fonciers légitimes et de la communauté locale, pourraient compromettre la validité du contrat. L'évolution des conditions du marché, par exemple, pourrait dans certaines circonstances donner lieu à des allégations de contrainte économique. La partie qui invoque la contrainte doit généralement démontrer que son acceptation des clauses du contrat était involontaire et que les circonstances n'offraient aucune solution de rechange et qu'elles étaient le résultat d'actes fautifs de l'autre partie. Les actes illicites peuvent

¹⁶⁴ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 3.2.1 (Définition de l'erreur).

¹⁶⁵ Voir *Id.*, article 3.2.2 (Nullité pour erreur).

¹⁶⁶ Voir *Id.*, article 3.2.2. et commentaires.

¹⁶⁷ Voir *Id.*, article 3.2.5 (Dol).

¹⁶⁸ Voir *Id.*, article 3.2.6 (Contrainte).

comprendre des menaces visant à priver une personne de ses moyens de subsistance ou des menaces d'intenter des poursuites criminelles ou réglementaires afin d'obtenir un avantage personnel. Les recours varient selon le contexte, le droit interne (par exemple, dans certains pays le recours ne peut concerner que l'annulation tandis que dans d'autres, le juge peut adapter le contrat; en cas d'avantage excessif, les Principes d'UNIDROIT prévoient les deux mesures), les parties et parties prenantes (par exemple, ce qui constitue une contrainte sera très différent pour un gouvernement et pour une communauté locale) et les circonstances particulières des terres, du projet et des négociations.

2. Représentation et assistance dans les négociations

3.79. *En général.* Dans le contexte des négociations, il est important de comprendre les rôles des parties, des parties prenantes et de leurs conseils juridiques respectifs et d'éviter tout conflit d'intérêts (par exemple une situation où l'avocat d'un investisseur conseille également les détenteurs de droits fonciers légitimes sur leurs droits et intérêts).

3.80. *Consentement et représentation.* En ce qui concerne la capacité et le consentement, les personnes qui représentent les parties ou les parties prenantes dans les négociations doivent être dûment autorisées, y compris si elles doivent donner leur consentement au nom d'autres personnes ¹⁶⁹. Selon les exigences du droit interne, la documentation désigne généralement le représentant légal, décrit l'étendue de son pouvoir et la manière dont le représentant consulte et informe les titulaires de droits fonciers représentés. Le pouvoir du représentant doit être clairement établi, et les investisseurs en particulier doivent s'assurer que les personnes avec lesquelles ils négocient sont représentées correctement et peuvent donner leur consentement au nom des autres parties ou parties prenantes.

3.81. *Inclusivité.* La représentation pourrait être une question délicate pour les gouvernements, les communautés locales et les détenteurs de droits fonciers légitimes. S'agissant du gouvernement, il n'est pas toujours clair d'établir le ou les ministères compétents, ou même l'échelon du gouvernement qui doit participer aux négociations et qui est habilité à donner son consentement au contrat ¹⁷⁰. En outre, si un ministère peut être

¹⁶⁹ Pour des règles générales et des commentaires sur le pouvoir des agents et la représentation, voir les Principes d'UNIDROIT, Chapitre 2.2.

¹⁷⁰ Voir FAO. 2016. Guide technique sur la gouvernance des régimes fonciers N°4. Guide technique des Directives volontaires, N° 4, p. 27, tableau 4 (fournissant un aperçu des autorités gouvernementales et de leurs rôles potentiels).

*Les questions précontractuelles importantes dans les
contrats d'investissement en terres agricoles*

habilité à consentir au contrat, cela ne signifie pas nécessairement qu'un autre ministère délivrera le permis requis (voir le Chapitre 4.V.A.1 concernant les permis et licences). Pour les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, il peut y avoir des règles coutumières, par exemple, qui restreignent le droit des femmes et des jeunes d'être impliqués et de donner leurs avis dans les consultations et les négociations. Les communautés locales, par exemple, peuvent être composées de divers groupes et membres qui ne partagent pas les mêmes vues sur le projet. Les parties devraient veiller à ce que toutes les voix soient représentées dans le processus de consultation et de négociation, car le succès du projet dépendra de l'appui des différentes parties prenantes (voir le Chapitre 2.II et la Section II ci-dessus).

3.82. *Équipe de négociation des investisseurs.* Lors de la constitution d'une équipe de négociation, les conseils juridiques des investisseurs devraient comprendre des conseillers locaux, qui peuvent fournir une aide précieuse pour s'orienter au sein du système juridique national et l'interpréter (voir le Chapitre 1.I.A). Les investisseurs doivent toutefois savoir que tous les conseillers juridiques locaux ne sont pas nécessairement au courant des règles coutumières d'attribution des droits fonciers et des droits relatifs aux ressources dans toutes les régions de cet État: dans de tels cas, les investisseurs devraient engager d'autres experts, notamment des experts familiers des questions foncières qui connaissent bien le domaine de l'investissement. De tels experts pourraient être essentiels non seulement pour aider l'investisseur à comprendre le contexte, mais aussi dans le cadre d'un processus de consultation continu.

3.83. *L'équipe de négociation des gouvernements.* Lorsqu'il négocie un CITA avec un investisseur, le gouvernement devrait s'assurer que son équipe de négociation comprend des juristes représentant les divers ministères et niveaux de l'administration qui peuvent être impliqués dans la transaction, outre l'organisme et les agents en charge des négociations (par exemple le ministère de la justice, une agence de développement). Il devrait y avoir une coordination entre ces ministères et les divers échelons, et un mandat de négociation clair avec les limites de ce mandat. Pour de tels contrats, le gouvernement devrait s'accorder avec les investisseurs afin d'assurer des consultations continues avec les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, dont la participation peut être facilitée par le gouvernement ou un fournisseur de services juridiques d'intérêt public (par exemple une organisation non-gouvernementale (ONG) ou une organisation de la société civile (OSC) qui fournissent une assistance

juridique), et pourrait faire en sorte que ces détenteurs et communautés puissent participer au contrat ou à un accord connexe, ou en être les tiers bénéficiaires (voir le Chapitre 2.III). S'agissant des contrats entre investisseurs et communautés locales, le gouvernement peut également soutenir les consultations et le cas échéant, les négociations. Cependant, les intérêts du gouvernement peuvent ne pas correspondre à ceux des communautés locales, de sorte qu'il peut être préférable de faire appel à un fournisseur de services juridiques d'intérêt public.

3.84. *L'équipe de négociation des communautés locales.* Avant d'entamer des négociations avec un investisseur, une communauté locale devrait s'assurer que son équipe de négociation comprend un conseiller juridique, faute de quoi elle pourrait ne pas recevoir des conseils suffisamment qualifiés sur le processus et les conditions proposées, ou se sentir contrainte de signer les contrats. Dans ces contextes, une communauté locale peut recevoir l'appui du gouvernement ou d'un fournisseur de services juridiques d'intérêt public. Dans la période précédant les négociations, le fournisseur de services juridiques peut informer les membres de la communauté de leurs droits éventuels aux consultations (voir la Section II ci-dessus), ainsi que des études de faisabilité, des projets commerciaux, de la diligence raisonnable et des évaluations d'impact. Il peut également aider les membres des communautés locales à sélectionner l'investisseur, à parvenir à une position commune sur l'acceptation ou le rejet de l'investissement, à élaborer les conditions qu'ils souhaitent et à rechercher des avantages particuliers. Il peut encore aider une communauté locale à présenter des demandes de permis et de licences et, au besoin, à former des recours en justice contre les décisions rendues à cet égard. Une fois les négociations terminées, le fournisseur de services juridiques peut s'assurer que les engagements sont rédigés sous la forme d'un contrat qui peut être exécuté ou annulé conformément au droit interne. Il peut également aider à mettre en place des systèmes de gestion des paiements reçus de l'investisseur, ainsi que des mécanismes de supervision.

B. Forme, contenu et conditions

3.85. *Forme.* Étant donné la complexité des CITA, ces contrats devraient toujours prendre la forme d'un accord écrit, soit sous la forme d'un contrat global unique, soit sous la forme d'ensemble de contrats portant sur différentes étapes du processus d'investissement, généralement en séquence. Les bonnes pratiques contractuelles recommandent que le contrat soit concis dans l'intérêt de la clarté, de l'exhaustivité, de son

applicabilité et de l'efficacité de l'entente des parties. Il convient de réduire la complexité dans la mesure du possible et de s'assurer que les parties et les parties prenantes ayant un niveau d'éducation limité en comprennent parfaitement ses termes ¹⁷¹. Cela favorise la transparence, la communication ouverte et la collaboration étroite, qui sont des principes clés, non seulement au stade de la formation du contrat, mais aussi tout au long de la relation contractuelle.

3.86. *Liberté contractuelle*. Selon le principe largement consacré de la liberté contractuelle, les parties sont libres de conclure un contrat et d'en déterminer son contenu ¹⁷². Cette liberté est toutefois limitée par des règles impératives (voir le Chapitre 1), qui peuvent restreindre l'autonomie des parties ¹⁷³. Il est dans l'intérêt des parties d'aborder les questions relatives à leur relation contractuelle d'une manière complète et détaillée. À cet égard, une liste des points à examiner figure à l'Annexe 1.

3.87. *Contenu, interprétation et annulation*. La liberté contractuelle des parties peut également être entravée par l'absence de liberté économique de négocier certaines conditions ou de rejeter un contrat légal mais économiquement déséquilibré. On craint que les contrats d'adhésion non négociables ne soient souvent rédigés en faveur de la partie la plus forte. En conséquence, les règles internes relatives à l'interprétation des contrats ¹⁷⁴ peuvent impliquer que toute ambiguïté sera interprétée à l'encontre du rédacteur du contrat ¹⁷⁵. Inversement, lorsque l'interprétation littérale d'une clause contractuelle donnerait à une partie plus que ce qui est raisonnable par rapport au contrat dans son ensemble, la loi applicable peut permettre une interprétation plus libérale. Dans les cas de disparité évidente, lorsque la loi applicable le permet, la partie lésée peut annuler le contrat ou demander à un tribunal de le modifier conformément à des critères commerciaux raisonnables d'équité contractuelle ¹⁷⁶. Bien entendu, l'efficacité économique et l'utilité pratique de la protection offerte au concédant *a posteriori* (c'est-à-dire après que le fait s'est produit) par une action en justice est très discutable compte tenu de l'accès limité aux

¹⁷¹ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 3.2.7(1)(a) sur l'avantage excessif.

¹⁷² Voir *Id.*, article 1.1 (Liberté contractuelle).

¹⁷³ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 1.4 (Règles impératives).

¹⁷⁴ Pour les règles générales sur l'interprétation des contrats du commerce international, voir les Principes d'UNIDROIT, Chapitre 4.

¹⁷⁵ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 4.6 (Règle *contra proferentem*).

¹⁷⁶ Voir *Id.*, article 3.2.7 (Avantage excessif).

tribunaux et, en particulier pour les communautés locales et les détenteurs de droits fonciers légitimes, des montants d'indemnisations accordés.

3.88. *Conditions suspensives et résolutoires.* Les parties peuvent subordonner leur contrat – ou une ou plusieurs obligations prévues par celui-ci – à la réalisation ou non-réalisation d'un événement futur et incertain. Une disposition à cet effet est appelée condition ¹⁷⁷. Une condition peut être imposée par la loi, comme l'exigence d'une autorisation publique ou d'une licence (par exemple d'utilisation de l'eau). Les parties peuvent introduire une disposition subordonnant le contrat ou les obligations contractuelles en question à l'octroi de l'autorisation ou de la licence, ce qui constitue une condition. Il existe deux types de conditions: les conditions suspensives et les conditions résolutoires. Dans le premier cas, le contrat ou l'obligation contractuelle est subordonné à la survenance d'un événement futur incertain, de sorte qu'il ne prend effet que si l'événement se produit. Dans certains systèmes, ce type de condition est connu sous le nom de "condition préalable". Dans ce cas, les parties au contrat conviennent que l'une d'elles ou les deux peuvent, dans certaines circonstances, avoir le droit de résilier le contrat. Lorsqu'un contrat soumis à une condition résolutoire prend fin du fait de la réalisation de la condition résolutoire, les parties auront souvent exécuté, en tout ou en partie, leurs obligations contractuelles. La question se pose alors de savoir si et, dans l'affirmative, selon quelles règles, les parties doivent restituer ce qu'elles ont reçu (voir le Chapitre 6.II) ¹⁷⁸.

3.89. *Conditions et bonne foi.* La question de savoir si une partie a l'obligation de déployer tous les efforts raisonnables pour qu'une condition soit remplie est une question d'interprétation. Les parties peuvent elles-mêmes prévoir expressément que le principe de bonne foi devra être observé concernant tous les événements dont dépend la bonne fin de l'opération, ou bien elles peuvent aller au-delà de ce critère minimum et stipuler l'obligation de déployer "les meilleurs efforts pour la réalisation des

¹⁷⁷ Dans certains systèmes, une "condition" vise une stipulation essentielle du contrat, mais ce n'est pas le sens dans lequel le terme "condition" est utilisé. En outre, ce concept est à distinguer de ce que les systèmes de droit civil désignent comme "terme" qui désigne la durée (ou la date précise) pendant laquelle le contrat sera en vigueur.

¹⁷⁸ Voir par exemple, les Principes d'UNIDROIT, articles 5.3.5 (Restitution en cas de réalisation d'une condition résolutoire), 7.3.6 (Restitution s'agissant des contrats à exécuter en une seule fois), et 7.3.7 (Restitution s'agissant des contrats à long terme).

*Les questions précontractuelles importantes dans les
contrats d'investissement en terres agricoles*

conditions aussitôt que possible”¹⁷⁹. En cas de manquement à cette obligation, les moyens disponibles sont à déterminer conformément aux dispositions contractuelles, aux circonstances de l'espèce et aux règles générales applicables aux recours en vertu de la loi qui régit le contrat (voir le Chapitre 5)¹⁸⁰. Une partie qui, contrairement aux devoirs de bonne foi et de loyauté ou de coopération, empêche la réalisation de la condition, ne peut se prévaloir de sa non-réalisation¹⁸¹.

3.90. *Conséquences de la violation de la forme ou du contenu requis.* Lorsque la loi applicable établit des exigences particulières de forme et de contenu, elle précise généralement les conséquences du non-respect de ces exigences. Le non-respect de ces exigences peut donner lieu à diverses sanctions selon le droit applicable, allant de l'annulation du contrat dans son ensemble à des sanctions civiles ou même pénales. Certains systèmes peuvent permettre la révision du contrat par un tribunal.

¹⁷⁹ *Id.*, article 5.3.3 (Immixtion dans le jeu de la condition).

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Id.*, article 5.3.4 (Obligation de préserver les droits).

CHAPITRE 4

DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

4.1. *Vue d'ensemble.* Les investissements en terres agricoles créent souvent des attentes de bénéfices, par exemple, sous la forme de création d'emplois et de développement d'infrastructures, tout en étant susceptibles d'avoir des impacts sociaux, environnementaux et économiques négatifs qui doivent être correctement identifiés et traités. À plusieurs reprises, la réalité n'a pas répondu aux attentes, ce qui a eu des effets néfastes sur les moyens de subsistance et sur l'environnement, et a donné lieu à des différends qui ont retardé, voire paralysé, la mise en œuvre des projets. Selon le contexte, la résolution de ces problèmes peut nécessiter des changements fondamentaux dans la manière dont les investissements sont réalisés – notamment sur le plan juridique, la nature des parties contractantes, la structure du processus contractuel, et la mesure dans laquelle les personnes qui risquent d'être les plus directement touchées peuvent influencer les événements. Définir clairement les droits et obligations des parties dans tout contrat et accord connexe est un élément clé du succès de l'investissement.

4.2. *Contenu contractuel en général.* De manière générale, les CITA impliquent un échange: le concédant attribue des droits sur les ressources à l'investisseur en contrepartie de certains engagements. Une réflexion approfondie sur ces engagements constitue une étape importante vers l'intégration des paramètres clés du projet dans ses dispositions contractuelles et institutionnelles de base – par opposition à la philanthropie d'entreprise en marge. Des contrats bien conçus peuvent contribuer à mettre en correspondance les attentes de tous les acteurs, à traduire les promesses en obligations exécutoires et, en fin de compte, à fournir une base plus solide pour des investissements mutuellement avantageux. L'étude de faisabilité du projet et l'évaluation de son impact social, humain et environnemental, ainsi que la consultation des détenteurs de droits fonciers légitimes et des autres personnes concernées, y compris le CPLCC le cas échéant, doivent fournir les bases de toute disposition contractuelle (voir le Chapitre 3). En général, le droit applicable affectera les limites de ce que les parties peuvent négocier ¹⁸², et toute disposition contractuelle

¹⁸² Outre toute disposition de droit national ayant une incidence sur cette question, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises

devra être conforme au droit national et adaptée au contexte juridique particulier (voir le Chapitre 1) ¹⁸³.

4.3. Comblent *les lacunes*. Dans de nombreux contextes, les contrats peuvent jouer un rôle utile en cherchant à compléter le droit national. Par exemple, lorsque la législation nationale n'est pas conforme aux normes internationales, le contrat peut exiger que l'investisseur se conforme à des normes internationales spécifiques. Les circonstances peuvent également obliger les parties à négocier certaines obligations socio-économiques adaptées à la nature de l'investissement – par exemple, en ce qui concerne tout engagement de l'investisseur de développer des activités de transformation spécifiques dans le pays.

4.4. *Plan de la section*. Le présent Chapitre présente de manière générale les différents droits et obligations prévus dans les CITA et les accords connexes, selon les domaines de droit pertinents s'agissant des investissements agricoles, notamment (I) le régime foncier; (II) les questions sociales et économiques; (III) l'environnement; (IV) la protection de l'investissement et l'autonomie réglementaire; et (V) la mise en œuvre et le suivi.

I. LE RÉGIME FONCIER

4.5. *Introduction*. Le régime foncier est généralement réglementé par les lois en vigueur dans l'État où les terres sont situées (l'État d'accueil ou État hôte). Il convient de mentionner que pour les CITA dans lesquelles les parties ont inséré une clause relative au choix de la loi applicable, une attention particulière doit être accordée à l'interaction entre la loi choisie et la loi de l'État d'accueil concernant le régime foncier, en particulier les normes impératives et d'ordre public qui sont obligatoires. En ce qui concerne le régime foncier, le contrat doit comprendre des informations concernant: (A) l'emplacement et la description des terres; (B) le régime foncier et les droits connexes; (C) le développement du projet; et (D) la durée et le renouvellement du contrat.

multinationales énoncent que les entreprises devraient “[s’]abstenir de rechercher ou d’accepter des exceptions non prévues dans le dispositif législatif ou réglementaire concernant les droits de l’homme, l’environnement, la santé, la sécurité, le travail, la fiscalité, les incitations financières ou d’autres domaines”. (OCDE. 2011. Principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales, para. II (5)).

¹⁸³ FAO. 2012. VGGT, para. 12.8.

A. L'identification des terres

4.6. *En général.* Les terres faisant l'objet de l'octroi de droits fonciers et de droits connexes pour une période déterminée doivent être clairement et précisément identifiées dans le contrat (par exemple, la dimension totale, les limites, les données géospatiales). La localisation et la description des terres, de manière transparente, permettent aux parties et aux acteurs concernés de connaître avec exactitude les parcelles de terres faisant l'objet du contrat.

4.7. *Identifier les terres.* Le terrain doit être identifié par un processus de délimitation clair impliquant à la fois des professionnels qualifiés et la communauté locale. Le contrat doit indiquer la superficie accordée, l'emplacement du terrain et tous les éléments nécessaires permettant une identification et une localisation facile. Dans certains États, par exemple, il existe des plans de développement agricole définis dans lesquels les terres à attribuer sont prédéfinies et mises à la disposition des investisseurs par le gouvernement ou la communauté locale. Cette dernière, à son tour, attribue les terres aux investisseurs sur la base de propositions, d'une sélection et des objectifs de développement du gouvernement ou de la communauté. Dans d'autres États, en revanche, l'identification préliminaire des terres peut faire partie de la demande, dans la mesure où les investisseurs précisent les terres particulières qui les intéressent et demandent à l'attribution de droits fonciers et connexes, et où le gouvernement ou la communauté locale examine ensuite cette demande. Dans les deux cas, l'identification exacte de la terre peut impliquer (i) un processus social, basé sur un engagement effectif avec les détenteurs légitimes des droits d'occupation et les communautés locales; (ii) un levé de terrain, qui est généralement effectué par un fonctionnaire attesté, généralement un géomètre; et enfin (iii) un processus juridique, par exemple, pour enregistrer la terre ou effectuer son transfert.

4.8. *Terrain supplémentaire.* Les parties peuvent souhaiter par la suite étendre le projet en augmentant la superficie du terrain, ce qui est une possibilité que le contrat peut envisager. Les investisseurs peuvent demander de larges parcelles de terrain afin d'assurer une base pour l'expansion future des activités. Par conséquent, l'inclusion d'une clause dans le contrat d'investissement concernant des terrains supplémentaires, telle qu'une clause d'"option" ou de "préférence", pourrait contribuer à garantir qu'un projet n'occupe pas initialement plus de terres qu'il ne peut en utiliser. Le processus d'examen permet (a) à tout détenteur de droits fonciers légitimes sur ces terres supplémentaires de continuer à les utiliser

et (b) de n'accorder ces terres supplémentaires que si le projet d'investissement progresse de manière responsable (voir la Section C ci-dessous concernant le développement du projet), et sous réserve d'un engagement effectif avec les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales dans la zone des terres supplémentaires (voir le Chapitre 3.II). Ces clauses ne doivent cependant pas avoir pour effet contraire d'empêcher les détenteurs de droits fonciers légitimes d'utiliser les terres adjacentes supplémentaires en les détenant pour l'expansion potentielle d'un projet.

4.9. *Clause d'option.* Avec une "clause d'option", les parties conviennent que le projet d'investissement peut être étendu à des terres supplémentaires au choix de l'investisseur si, *entre autres*, le projet a été développé conformément au plan de développement, aux intérêts des détenteurs de droits fonciers légitimes, aux indicateurs de performance clés et au calendrier global du projet. Pour une telle clause, les parties doivent préciser le type et le moment de l'avis à fournir et les conditions d'octroi des droits sur les terres supplémentaires.

4.10. *Clause de préférence.* Avec une "clause de préférence", parfois appelée clause de "droit de premier refus", les parties conviennent que l'investisseur peut avoir la priorité sur tous les autres demandeurs si le concédant décide de mettre à disposition des droits fonciers et droits connexes sur une parcelle adjacente, à condition que l'investisseur paie un loyer supplémentaire ou assume d'autres obligations (par exemple, financières, économiques ou sociales). Sous réserve que les intérêts de toutes les parties et parties prenantes soient pris en considération et équilibrés, la clause peut être un moyen utile d'étendre un projet réussi. Une telle option pourrait également dissuader l'investisseur d'essayer dès le départ d'obtenir des droits sur plus de terres qu'il ne peut en utiliser. Comme dans le cas d'une clause d'option, les parties doivent préciser la procédure et les conditions d'octroi des droits sur les terres supplémentaires.

B. Les droits fonciers et les droits connexes

4.11. *Vue d'ensemble.* L'octroi des droits fonciers et des droits connexes établit généralement la manière dont l'investisseur peut utiliser les terres, ainsi que toute autre ressource (par exemple, l'eau, les minéraux et le bois) et les infrastructures. Certains CITA accordent des droits étendus, mais les parties sont encouragées à négocier soigneusement l'octroi des droits et à préciser les droits concernés dans le contrat. Tout manquement à cette

règle donne souvent lieu à des conflits entre investisseurs, concédants et détenteurs de droits fonciers légitimes. Les dispositions contractuelles doivent être éclairées par les résultats des exercices de diligence raisonnable et d'évaluation d'impact, notamment en ce qui concerne les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes et les impacts éventuels sur ces derniers (voir le Chapitre 2.I). En guise de garantie pour ces détenteurs, les parties peuvent expressément accorder, retenir ou réserver des droits aux détenteurs de droits fonciers légitimes (par exemple le maintien du passage pour accéder à la terre, l'eau, le pâturage ou la récolte des fruits) – soit en tant que parties au contrat ou à un accord connexe, soit en tant que tiers bénéficiaires (voir le Chapitre 2.III) – afin d'assurer la protection et le respect des droits de ces détenteurs.

1. Droits fonciers

4.12. *En général.* En accordant des droits fonciers (par exemple, des droits de possession, d'utilisation, d'accès et de transfert, ainsi que les responsabilités et les contraintes associées)¹⁸⁴, les parties doivent tenir compte non seulement des aspects fonciers, mais aussi des autres ressources et de toutes les installations et infrastructures existantes ou futures qui pourraient être construites pour le projet. Des dispositions claires et spécifiques sur ces questions peuvent contribuer à prévenir les malentendus, les griefs et les éventuels litiges. Les parties doivent cependant toujours tenir compte du cadre juridique applicable et être conscientes de la mesure dans laquelle les clauses contractuelles relatives aux droits fonciers et d'utilisation d'autres ressources et infrastructures seront valables et applicables (voir le Chapitre 1).

4.13. *Utilisation des terres.* Le contrat doit préciser la date à laquelle les terres doivent être mises à la disposition de l'investisseur, la durée du droit d'utilisation du terrain, le type d'investissement ou d'activité pour lequel les terres ont été accordées, et les utilisations autorisées, y compris la construction d'installations. Sous réserve que l'investisseur obtienne les permis et licences nécessaires (voir le Chapitre 4.V.A.1), le contrat lui accorde généralement le droit de posséder et d'utiliser les terres pour les activités agricoles spécifiées. L'investisseur détient généralement les droits de possession et d'utilisation pendant toute la durée du contrat, dans la limite prévue des droits concédés et à condition que les parties remplissent leurs autres obligations. Les droits de possession et d'utilisation de

¹⁸⁴ FAO. 2003. Le régime foncier et le développement rural, Études sur les régimes fonciers N°3, para. 3.1.

l'investisseur doivent tenir compte des droits de tout détenteur de droits fonciers légitimes, par exemple en étant limités de certaines manières (notamment par l'octroi de droits à ces détenteurs dans le contrat – soit en tant que partie ou tiers bénéficiaire - ou en retenant les droits pour protéger ces détenteurs).

4.14. *Accès et contrôle des terres.* Lorsque les droits fonciers et les droits connexes sont accordés temporairement à un investisseur – c'est-à-dire que le terrain n'est pas vendu à l'investisseur – les droits de l'investisseur sont limités par le droit du concédant de s'assurer que l'accès et l'utilisation de l'investisseur ne portent pas atteinte à certains droits fondamentaux. Le concédant a donc intérêt à savoir si l'investisseur respecte ses engagements concernant la manière dont la terre est utilisée (par exemple, qu'il respecte les contraintes d'utilisation ou cultive ce qui est convenu). D'où l'importance pour le contrat de définir les droits d'accès, y compris le droit du concédant ou éventuellement d'autres personnes d'inspecter les terres.

4.15. *Droits à d'autres ressources.* Le contrat doit préciser dans quelle mesure l'investisseur peut utiliser d'autres ressources dans la zone du projet, y compris les ressources en surface (par exemple le bois), les ressources souterraines (par exemple le pétrole, l'or) et l'eau, ainsi que la pêche. Dans certains cas, l'octroi de droits étendus à des investisseurs a, involontairement ou par inadvertance, inclus des droits étendus sur des ressources situées sur le terrain, ce qui peut entraîner des impacts négatifs sur l'environnement (par exemple, l'extraction du bois) ou sur les communautés locales qui pourraient avoir besoin de ces ressources. Les concédants doivent s'assurer que seuls les droits sur les ressources qui sont censés être accordés sont effectivement transmis aux investisseurs.

4.16. *Ressources en surface.* Le contrat doit préciser les droits des investisseurs à utiliser les ressources en surface, y compris les forêts – qui peuvent encore être utilisées par les détenteurs de droits fonciers légitimes pour la chasse – ou d'autres sources de nourriture et de subsistance. En particulier, l'utilisation des forêts pour le bois est une question que les parties doivent examiner et, le cas échéant, traiter dans le contrat d'une manière conforme au droit interne. Il existe des cas où des investissements prétendument agricoles ont en fait servi de moyen pour les investisseurs d'accéder à des forêts à des fins commerciales. Les parties peuvent prévenir de telles situations en précisant expressément dans le contrat si un projet d'investissement peut utiliser le bois qui se trouve dans la zone d'investissement à des fins de construction d'installations ou à d'autres fins.

4.17. *Ressources du sous-sol.* L'octroi général de droits sur les terres peut créer une confusion par rapport aux droits sur les ressources minérales souterraines (par exemple le pétrole, le gaz naturel, les métaux), qui peuvent être très précieuses et dont l'extraction peut avoir des effets négatifs. Dans certains pays, toutes les ressources souterraines appartiennent à l'État, tandis que dans d'autres, elles appartiennent au propriétaire des terres. Dans tous les cas, le contrat doit traiter de manière claire les droits relatifs aux ressources minérales souterraines. Une option consiste à inclure une "clause d'exclusion" précisant que le concédant se réserve tous les droits relatifs à ces ressources et indiquant les modalités de notification et d'indemnisation pour la perte de terres due à l'exploitation de ces ressources. Si les parties ont l'intention de permettre aux investisseurs d'extraire des ressources souterraines dans le cadre d'un investissement agricole, des garanties doivent être mises en place (par exemple pour les détenteurs de droits fonciers légitimes, les communautés locales et l'environnement).

4.18. *Eau.* L'utilisation de l'eau dans le cadre d'un projet d'investissement peut avoir des répercussions importantes sur les détenteurs de droits fonciers légitimes, les communautés locales et l'environnement. Lorsque le concédant est un gouvernement chargé de gérer les ressources naturelles, le contrat doit: (i) préciser l'étendue du droit d'utilisation des eaux de surface, des eaux souterraines, ou des deux selon les besoins déterminés par les études de faisabilité et les évaluations d'impact du projet (voir les Chapitres 3.III et IV); et (ii) indiquer les modalités d'utilisation de l'eau, les quantités nécessaires, et préciser les redevances correspondantes, la procédure d'ajustement et les protections qui doivent être mises en place. Lorsque le concédant est une communauté locale, celle-ci peut ne pas être responsable de la gestion de l'eau, mais les parties doivent néanmoins envisager dans le contrat les sources et les quantités d'eau à utiliser afin de minimiser la confusion et d'éviter les griefs et les litiges avec les membres de cette communauté.

4.19. *Droits retenus.* Les parties doivent envisager la possibilité que, s'il le souhaite, le concédant continue à utiliser la terre d'une façon ou d'une autre, ou y avoir accès. De même, les parties doivent examiner comment les détenteurs de droits fonciers légitimes ou les communautés locales utilisent les terres en question, que ce soit avant qu'un projet d'investissement ne soit entrepris ou dans le cadre d'un projet existant. En consultation avec ces détenteurs et ces communautés, et conformément au droit interne applicable, les parties peuvent expressément retenir ou

réserver certains droits dans le contrat pour sauvegarder des utilisations particulières (par exemple, la culture de plantes dans une zone spécifique) ou l'accès (par exemple, le passage, l'accès à l'eau, la pêche ou le pâturage) par ces détenteurs et ces communautés. Une autre option serait d'accorder ces droits particuliers aux détenteurs et communautés (comme parties dans le contrat ou dans un accord connexe ou en tant que tiers bénéficiaires). Le respect des droits fonciers légitimes peut ainsi contribuer à garantir le bon fonctionnement du projet et à minimiser ou éviter tout impact négatif.

2. Octroi de droits connexes

4.20. *Droits non liés à la terre et aux ressources naturelles.* Les droits connexes sont ceux qui ne sont pas directement liés à la terre et aux ressources pour lesquelles des droits fonciers sont accordés, mais qui sont nécessaires pour que l'investissement soit correctement mis en œuvre. Ces droits peuvent comprendre, entre autres, (a) les droits d'accès aux installations et aux services; (b) l'utilisation et la construction d'infrastructures; et (c) l'importation de biens, l'exportation, le transport et la production marchande.

a) Accès aux installations et aux services

4.21. *Installations.* Les parties doivent examiner comment les installations existantes doivent être utilisées ou si elles peuvent être supprimées, ainsi que si l'investisseur aura le droit de construire de nouvelles installations. Pour les installations existantes, les parties doivent envisager les installations ou les bâtiments, tels que ceux qui pourraient entraver l'utilisation du terrain ou qui sont utilisés par des détenteurs de droits fonciers légitimes, et préciser tout droit d'utilisation et tout droit retenu en ce qui concerne ces installations, ainsi que les questions de maintenance. En ce qui concerne les droits de construction, les parties doivent tenir compte de toutes les installations qui pourraient devoir être construites pour le projet, y compris les droits d'utilisation, les droits retenus et les responsabilités en matière d'entretien. Il se peut que des installations doivent être construites, par exemple, pour le traitement de la production agricole. Les parties doivent également examiner comment les différentes installations peuvent être transférées ou restituées (voir le Chapitre 6).

4.22. *Services essentiels.* Les parties doivent tenir compte de la quantité d'eau et d'électricité que le projet peut utiliser, ainsi que de la quantité de déchets qu'il est censé produire, et aborder expressément dans leur contrat

l'accès aux services essentiels (par exemple, l'eau, l'électricité et la gestion des déchets). Elles doivent également analyser si des droits connexes sont nécessaires à cet égard (par exemple, pour construire des lignes électriques ou des conduites pour accéder aux systèmes de services publics locaux), qui devraient être pris en compte dans le contrat.

4.23. *Clauses relatives aux services publics.* Les droits sur les services essentiels peuvent impliquer l'utilisation par l'investisseur de systèmes publics ou privés d'approvisionnement en eau et en électricité. Le contrat peut contenir des clauses relatives à :

- l'installation des passages nécessaires pour accéder au site du projet, l'installation de systèmes de pompage d'eau, de réseaux électriques ou de conduites d'alimentation en eau;
- les modalités de passage des conduites d'alimentation en eau;
- les exigences en matière de gestion des déchets; et
- les modalités d'installation des canaux ou de tout élément nécessaire au fonctionnement optimal du projet, conformément aux études de faisabilité et aux évaluations d'impact.

4.24. *Surmonter les difficultés.* Les parties doivent s'assurer que le contrat contient toutes les clauses nécessaires pour fournir des informations pertinentes ou préciser les moyens de surmonter les difficultés. Par exemple, les systèmes locaux d'approvisionnement en eau ou en électricité peuvent ne pas offrir de solutions pour couvrir toutes les difficultés qui pourraient entraver l'activité de l'investissement, auquel cas ces questions doivent être clairement réglementées dans le contrat. Dans certains cas, les systèmes d'eau ou d'électricité peuvent devoir être installés sur des terrains adjacents pour que ces services puissent atteindre la zone du projet, ou les systèmes peuvent être généralement inadéquats. Lorsqu'un tel accès est nécessaire ou que les systèmes sont inadéquats, les parties doivent également envisager ces questions et prévoir des solutions dans le contrat, selon les besoins et les circonstances.

b) Infrastructure

4.25. *En général.* Les infrastructures comprennent à la fois les infrastructures générales (par exemple, les routes publiques) et les infrastructures spécifiques à l'investissement (c'est-à-dire construites pour

soutenir le projet d'investissement)¹⁸⁵. Le contrat doit traiter des droits et obligations des parties en ce qui concerne les infrastructures existantes et la construction de nouvelles infrastructures. Ces aspects dépendent en partie de la nature des parties contractantes. Si le concédant est le gouvernement, par exemple, les parties pourraient envisager les besoins et les utilisations des infrastructures à une plus grande échelle, car le gouvernement conserve généralement la responsabilité des infrastructures et des travaux publics, alors qu'une communauté locale pourrait ne pas avoir cette responsabilité. L'étude de faisabilité et les évaluations d'impact doivent éclairer l'élaboration du contrat, notamment pour protéger et respecter les droits de tout titulaire de droits fonciers légitimes (voir les Chapitres 3.III et IV).

4.26. *Infrastructure existante.* Les parties doivent s'efforcer de mettre à profit les systèmes d'infrastructure existants (par exemple, les routes, l'eau, l'irrigation et l'élimination des déchets), que ces systèmes soient publics ou privés. Dans le même temps, les parties doivent être conscientes de l'impact de l'utilisation envisagée sur cette infrastructure et ses utilisateurs actuels et chercher à éviter ou à minimiser tout impact négatif. En conséquence, les droits d'utilisation spécifiques de l'investisseur devraient être définis en fonction d'ensembles d'infrastructures spécifiques, tels que le poids maximum des camions pouvant emprunter des routes particulières. En outre, les parties devraient examiner, le cas échéant, si des améliorations pourraient être apportées aux infrastructures existantes et de quelle manière.

4.27. *Nouvelles infrastructures.* Le projet d'investissement peut nécessiter la construction de nouvelles infrastructures. Le droit de construire doit être clairement défini dans le contrat de manière à tenir compte de toutes les limitations et garanties nécessaires. Les parties doivent identifier le propriétaire de toute infrastructure nouvellement construite (par exemple l'investisseur, le gouvernement ou les collectivités locales), et notamment envisager la possibilité de structure de propriété conjointe. Les droits de propriété doivent être définis de manière à préciser le propriétaire, la durée de la propriété et les circonstances dans lesquelles la propriété peut prendre fin. Lorsque l'infrastructure doit être détenue en copropriété, il est important de préciser la forme juridique (par exemple, une société, une coopérative ou un trust) pour cette copropriété. Comme la propriété peut ne pas être indéfinie et pourrait prendre avec le contrat, les

¹⁸⁵ Voir CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé.

parties doivent aborder les questions de propriété en ce qui concerne le transfert (par exemple à un nouvel investisseur), la restitution du terrain à la fin du contrat ou à la résiliation. Dans certaines situations, il peut être nécessaire d'offrir une compensation à l'investisseur pour les investissements liés aux infrastructures lors de l'acquisition forcée, de restitution ou de résiliation. Parmi les autres questions à prendre en considération, on peut citer la nécessité éventuelle d'acquérir un terrain (c'est-à-dire de l'exproprier) en rapport avec cette construction (voir le Chapitre 3.III.D) et l'obligation d'avoir un lien avec l'économie locale, l'importation d'équipements, en tout ou en partie, et les obligations correspondantes en matière d'entretien et de réparation de l'infrastructure.

4.28. *Entretien, réparation et redevances.* Les parties devraient envisager des obligations d'entretien, de réparation et de perception de redevances en ce qui concerne les infrastructures. Pour les infrastructures appartenant à l'État, le gouvernement pourrait imposer des redevances pour couvrir, entre autres, les coûts d'entretien et de réparation de la fourniture de ces infrastructures. Lorsque des tarifs commerciaux sont applicables pour l'électricité, l'eau et d'autres fournitures, ils doivent être bien définis pour l'information de l'investisseur et être pris en compte dans le cadre du plan de développement de l'investisseur. Les parties peuvent souhaiter examiner si les pouvoirs publics pourraient renoncer aux redevances en échange d'un engagement de l'investisseur à investir dans l'infrastructure. Le financement des infrastructures par le secteur privé peut impliquer la perception de redevances d'utilisation pour couvrir les coûts d'investissement, d'exploitation et de maintenance. Il peut être conseillé, par exemple, de faire payer des droits d'utilisation de l'infrastructure et d'utiliser tout ou partie de ces droits pour engager des employés locaux afin d'entretenir et de développer l'infrastructure. Le développement des capacités et la formation en matière d'exploitation et de maintenance des infrastructures doivent également être inclus. Lorsqu'elles conviennent de la construction de nouvelles infrastructures, les parties devraient également s'entendre sur la responsabilité de l'entretien et de la réparation de ces infrastructures.

4.29. *Droits d'accès.* En plus de définir les droits de l'investisseur et du concédant, les parties doivent tenir compte des droits des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales sur les infrastructures existantes et nouvelles (par exemple, pour circuler sur une route existante ou nouvelle qui serait dans la zone du projet, ou pour utiliser les ressources en eau). Le cas échéant, les parties doivent veiller à ce que ces droits soient

intégrés au contrat, que les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales soient parties au contrat ou à un accord connexe, ou qu'ils soient des tiers bénéficiaires (voir le Chapitre 2.III).

4.30. *Financement par des tiers.* Des tiers, tels que des fonds de développement axés sur la promotion d'investissements agricoles responsables, peuvent fournir des capitaux pour le développement d'infrastructures, sous réserve de certaines exigences variables. Les droits et obligations de tout financier tiers doivent, comme ceux du projet d'investissement global, correspondre à l'approche d'investissement responsable et durable du projet.

4.31. *Obligations de développement et infrastructure sociale.* La construction et l'amélioration des infrastructures peuvent n'être qu'un aspect des clauses traitant des préoccupations plus larges en matière de développement de projets et d'infrastructures sociales. En ce qui concerne les premières, les aspects infrastructurels de ces clauses pourraient également être soumis à des indicateurs de performance clés. En ce qui concerne les seconds, le contrat peut contenir une clause exigeant de l'investisseur qu'il construise ou soutienne d'une autre manière ce que l'on appelle l'infrastructure sociale, par exemple, en contribuant au développement d'une école ou d'un hôpital pour la communauté locale (voir la Section II.E ci-dessous).

4.32. *Contrôle et conformité.* Les obligations liées aux infrastructures, comme les autres obligations découlant du contrat, doivent être contrôlées et soumises à des vérifications de conformité, notamment en ce qui concerne l'acquisition et le maintien des permis ou licences nécessaires (voir la Section V.A.1 ci-dessous). Les parties devraient examiner les permis ou licences des autorités gouvernementales, des organes et des organismes administratifs (par exemple, les autorités environnementales, les autorités de gestion des routes, les services de planification et de construction et les services de travaux publics), qui peuvent être nécessaires et préciser ces besoins dans le contrat par souci de clarté. Sous réserve du respect des exigences en matière de permis et de licences, le processus doit être mené en temps utile et les permis et licences ne doivent pas être refusés sans raison. Pour atteindre un niveau de certitude à cet égard, les parties devraient décrire toutes les conditions préalables et les obligations futures liées à la réception des permis et des licences.

4.33. *Répartition des risques, inexécution et règlement de différends.* Le contrat doit clairement définir les obligations des participants et la

répartition des risques liés à l'infrastructure. Le cas échéant, les tiers assument des responsabilités et des indemnités (ils doivent être impliqués dans les phases contractuelles) (voir le Chapitre 3.V). Afin de couvrir les responsabilités et les risques liés à l'infrastructure, les parties concernées devraient envisager de prévoir une assurance dans le contrat. Les obligations relatives à des ensembles spécifiques d'infrastructures doivent être réglées et les parties responsables doivent être identifiées. Le non-respect par une partie de ses obligations contractuelles en matière d'infrastructure peut donner lieu à une rupture de contrat et à un recours pour la partie lésée ou elle peut être excusée (voir le Chapitre 5). Afin de promouvoir une relation durable, les parties devraient examiner les situations potentielles d'inexécution qui pourraient survenir en rapport avec les différents droits et obligations liés à l'infrastructure et les traiter dans le contrat. De même, les parties devraient envisager des mécanismes pour résoudre les litiges relatifs aux infrastructures partagées (voir le Chapitre 7).

c) *Importation, exportation, accès au marché et transport*

4.34. *En général.* La prise en compte des questions d'importation, d'exportation, d'accès au marché et de transport est importante pour assurer le succès d'un investissement. Cela peut couvrir un certain nombre de questions, telles que l'importation des intrants nécessaires à la production agricole, le transport et, en fin de compte, l'acheminement de cette production vers le marché pour la vente. Si le concédant est le gouvernement, les parties pourraient probablement aborder ces questions en détail, car le gouvernement est généralement responsable de ces questions, alors qu'une communauté locale pourrait ne pas l'être. Lorsque le concédant n'a pas cette responsabilité, les parties pourraient en discuter avec un représentant du gouvernement et devraient néanmoins examiner dans quelle mesure le droit national applicable a un impact sur le fonctionnement du projet ainsi que si et comment le contrat devrait fournir des éclaircissements sur ces questions.

4.35. *Importation.* Le contrat doit préciser les modalités d'approvisionnement en semences et autres biens importés (par exemple, équipements et matériels). Les investisseurs ont généralement besoin d'équipements et de machines, qui sont souvent importés. Étant donné que les droits d'importation ou autres taxes et redevances peuvent constituer un obstacle sérieux au démarrage et à la poursuite des activités, la question doit être examinée lors des négociations du contrat. En conséquence, les

parties peuvent souhaiter aborder ces questions dès la phase de négociation et inclure des conditions spécifiques dans l'accord contractuel final.

4.36. *Exportation.* Certaines lois nationales peuvent établir des incitations ou d'autres moyens pour faciliter l'exportation de produits agricoles par des investisseurs opérant dans cet État, généralement par le biais d'une loi d'incitation à l'investissement. Lorsqu'elles ne sont pas clairement réglementées par la loi généralement applicable, il est conseillé aux investisseurs de négocier les conditions d'exportation des produits de leur activité avec le gouvernement qui a la responsabilité à cet égard. Dans le cadre de cette négociation, les parties devraient préciser dans le contrat les mesures applicables (c'est-à-dire les interdictions ou les limitations d'exportation) dans le cas où une situation de sécurité alimentaire devait survenir dans l'État d'accueil (voir également le Chapitre 5.II concernant les excuses pour inexécution).

4.37. *Accès au marché.* Certaines lois limitent l'accès aux marchés locaux afin de protéger les producteurs locaux. Cela peut ne pas poser de problème aux investisseurs qui ne s'intéressent qu'aux endroits où ils peuvent cultiver leurs produits sur un marché étranger prédéterminé. Cependant, les restrictions d'accès au marché peuvent être une considération importante pour les investisseurs qui ne se concentrent pas exclusivement sur le marché d'exportation. Il est important que les parties prennent en considération les intérêts en matière d'accès au marché afin de clarifier les conditions d'accès à un marché final approprié pour la production agricole en question.

4.38. *Transport.* Les parties doivent examiner les questions liées au transport, en particulier les moyens (par exemple, la route, le rail) par lesquels la production doit être livrée aux marchés, aux entrepôts et aux ports pour la distribution et, si nécessaire, l'exportation, ainsi que les coûts connexes. Les droits de transport doivent être spécifiés dans le contrat, ainsi que tout engagement en matière d'infrastructure à cet égard.

C. Le développement de projets

4.39. *En général.* Les CITA accordent habituellement à l'investisseur le droit exclusif de mener des opérations agricoles commerciales spécifiques dans la zone désignée (bien que, comme nous l'avons vu, le contrat puisse prévoir que les membres des communautés vivant sur ou autour de la concession aient toujours le droit d'utiliser certaines ressources conformément aux coutumes et pratiques traditionnelles, ou de mener des

activités agricoles sur des terres non exploitées). Les investissements qui ne sont pas dûment mis en œuvre peuvent frustrer les attentes et créer des coûts d'opportunité – parce que des terres qui auraient pu être utilisées à d'autres fins sont immobilisées, ou que d'autres opérateurs auraient pu mieux développer le même projet. Les concédants ont donc intérêt à ce que les dispositions contractuelles découragent les acquisitions spéculatives et établissent des jalons et des calendriers clairs pour la mise en œuvre des projets. Certains concédants souhaitent également que le contrat régleme la nature des activités d'utilisation des terres afin de poursuivre certains objectifs.

4.40. *Établissement des paramètres.* Pour répondre à ces préoccupations, les CITA peuvent établir des paramètres clairs pour la mise en œuvre des projets. Des clauses bien rédigées exigent de l'investisseur qu'il mette en œuvre le projet selon un plan de développement spécifié. Elles établissent des délais clairs de conformité ainsi que des sanctions en cas de non-respect. Il peut s'agir, par exemple, de clauses qui fixent des objectifs quantitatifs pour étendre progressivement la superficie des terres cultivées ou pour construire et exploiter une installation de transformation. Lorsque le concédant est une autorité publique, il peut également souhaiter préciser les cultures que le projet produira (par exemple, des cultures destinées à la production alimentaire ou énergétique), dans le cadre d'une politique publique visant à répondre à la demande intérieure pour un produit donné.

4.41. *Objectifs.* Pour que ces dispositions soient efficaces, elles doivent compléter les objectifs basés sur les intrants (par exemple, les apports en capital) par des objectifs orientés vers les résultats (par exemple, basés sur le volume ou la valeur de vente de la production). Les objectifs doivent être alignés sur les conclusions de l'étude de faisabilité et sur le contenu du plan de développement de l'investissement (voir le Chapitre 3.III). De plus, ces clauses devraient être accompagnées d'exigences de rapport proportionnées (voir la Section V.B.2 ci-dessous), de garanties de bonne fin ou d'autres moyens pour promouvoir et encourager le respect des règles le cas échéant, et de pouvoirs permettant au concédant de procéder à des inspections et de sanctionner le non-respect des règles.

4.42. *Délais de mise en conformité.* Certaines lois foncières nationales prévoient que les investisseurs n'acquièrent des droits fonciers et des droits connexes que s'ils se conforment à certains engagements de développement de projet dans un délai déterminé (par exemple, deux à cinq ans). Ces dispositions répondent à un objectif politique visant à promouvoir l'utilisation productive des terres. Elles ont cependant tendance

à être un instrument peu efficace pour les investissements à long terme, dont la durée dépasse largement la période légale. Dans ces situations, le contrat doit identifier les étapes de mise en œuvre, les calendriers et les exigences en matière de rapports, ainsi que les sanctions en cas de non-respect, pendant toute la durée du projet (voir la Section D ci-dessous concernant la durée et le renouvellement).

4.43. *Questions de mise en œuvre.* Selon la nature de l'investissement, des dispositions supplémentaires peuvent être nécessaires pour résoudre les problèmes de mise en œuvre qui se posent dans la phase finale du projet. Par exemple, dans une plantation agroforestière où la propriété des arbres est transférée au concédant à l'expiration du contrat, des dispositions peuvent être nécessaires pour garantir que, vers la fin du contrat, l'investisseur est toujours incité à gérer l'exploitation de manière durable, y compris la replantation continue. La clôture du projet soulève également des questions spécifiques qui, en fonction du droit national applicable, peuvent nécessiter des dispositions contractuelles spécifiques.

4.44. *Indicateurs de performance.* En plus des objectifs quantitatifs, les clauses de développement de projet devraient également fournir des indicateurs de performance qualitatifs. De nombreux contrats ne le font qu'en termes très généraux, en exigeant, par exemple, que l'investisseur adhère aux "bonnes pratiques agricoles". Bien qu'elles soient potentiellement utiles pour clarifier les attentes des parties, ces clauses peuvent soulever des questions sur leur signification et leurs implications précises. Des clauses plus efficaces lient les indicateurs de performance qualitative à des normes internationales spécifiques lorsqu'elles sont disponibles (tout en reconnaissant que ces normes doivent généralement être adaptées et améliorées en fonction du contexte spécifique du pays). Les parties devraient également prévoir un mécanisme indépendant (c'est-à-dire non dirigé par le gouvernement) d'évaluation des performances pour suivre l'adhésion aux normes internationales.

4.45. *Incitations.* En plus de sanctionner le non-respect, certains contrats créent également des incitations pour que l'investisseur se conforme aux paramètres souhaités. Par exemple, certaines clauses conditionnent certains avantages à ce que l'investisseur atteigne manifestement les objectifs fixés dans les délais impartis. Ces avantages peuvent inclure un examen favorable des demandes de l'investisseur d'étendre la zone du projet ou la durée du contrat.

4.46. *Coordination avec d'autres dispositions.* Les clauses relatives au développement de projets doivent être coordonnées avec d'autres dispositions contractuelles pertinentes. La durée et les clauses de renouvellement, si elles sont utilisées conjointement avec les clauses de développement de projet, doivent être cohérentes. Les clauses d'exonération, également appelées clauses d'excuses pour inexécution, doivent traiter des situations dans lesquelles l'investisseur ne peut pas respecter le plan de développement convenu en raison de la survenance de certains événements (voir le Chapitre 5.II.A concernant la force majeure). D'autres clauses pertinentes dépendent en partie des objectifs qui sous-tendent les clauses de développement du projet. Par exemple, si le concédant souhaite que le contrat précise la nature des activités économiques autorisées (par exemple, le type de culture à produire) afin que le projet contribue à répondre à la demande locale pour un produit donné, le contrat doit également déterminer si, et à quelles conditions, l'investisseur peut exporter ce produit. Les parties doivent également tenir dûment compte, dans leurs négociations, de questions connexes telles que le suivi (voir la Section V.B ci-dessous) et les différents recours en cas de rupture de contrat (inexécution) par l'investisseur (voir le Chapitre 5.III.C).

D. Durée et renouvellement

4.47. *Durée en général.* La durée optimale de l'octroi d'un droit foncier ou de droits connexes dépend de divers facteurs, tels que la situation particulière des parties, la manière dont l'investissement affecterait les droits des détenteurs de droits fonciers légitimes, les cultures à planter, les prix actuels et attendus du marché pour ces cultures ou le temps nécessaire à l'investisseur pour rembourser ses dettes et amortir l'investissement initial. Par exemple, certains arbres à fruits à coque (par exemple, les pistachiers ou les pacaniers) prennent plus de cinq ans à partir du moment de la plantation pour atteindre des quantités suffisantes compatibles avec une production commerciale. Dans de telles situations, la limitation de la durée du contrat à une période très courte pourrait empêcher des investissements agricoles responsables dans ces cultures. Alors que certaines législations nationales prévoient des périodes de durée auxquelles le contrat doit se conformer, c'est généralement le contrat qui fixe la durée, ainsi que les conditions de renouvellement.

4.48. *Durée établie par la législation.* Les lois de certains États limitent la durée globale des concessions de droits fonciers et des droits connexes sur les terres domaniales à un certain nombre d'années ou établissent une

période initiale au terme de laquelle un projet peut être évalué et la durée prolongée. Ces restrictions peuvent établir une période générale pour toutes les concessions (c'est-à-dire lorsque le gouvernement est le concédant) ou une durée spécifique pour les projets dans des secteurs particuliers – tels que l'agriculture – afin d'éviter que les terres soient réservées sans utilisation et de surveiller les éventuels impacts négatifs. Les limitations de la durée déterminées par le droit national varient, et les parties doivent être conscientes que dans certains cas, elles peuvent être assez courtes (par exemple cinq ans). Lorsqu'elles existent, les parties, en suivant la loi applicable, doivent respecter cette limite et doivent s'y référer dans le contrat pour plus de clarté, même si elles ne stipulent pas une autre durée conforme à la loi applicable.

4.49. *Durée contractuelle.* Tant que la durée de la subvention est conforme au droit national, les parties sont libres de déterminer la durée dans le contrat, qui dépendra des circonstances. Dans la pratique, certains contrats prévoient des périodes de très longue durée, avec la possibilité supplémentaire d'un renouvellement (par exemple 99 ans avec une option de renouvellement). Néanmoins, les parties doivent être conscientes que de telles durées prolongées peuvent effectivement équivaloir à un contrat de vente déguisé et que des durées contractuelles trop longues sans rapport avec l'économie de l'investissement sont contraires à une pratique commerciale responsable. Il est conseillé aux parties de définir clairement la durée de l'investissement dans le contrat en fonction des cycles de production et des types d'activités afin de permettre le remboursement intégral de la dette et de réaliser un investissement durable et responsable, d'une manière conforme au droit national. Les clauses de durée du contrat doivent être alignées sur les clauses de développement du projet (voir la Section C ci-dessus) ou d'examen périodique (voir la Partie V.A.5 ci-dessous). La durée doit explicitement inclure une date de début et de fin. La date de début (c'est-à-dire le jour où le contrat prend effet) peut, par exemple, être la date à laquelle toutes les parties signent le contrat ou la date à laquelle certaines conditions ont été remplies (voir le Chapitre 3.V.B concernant les conditions).

4.50. *Renouvellement en général.* Au terme de la durée applicable de l'octroi de droits fonciers et des droits connexes, le contrat prend fin (voir le Chapitre 6.II) ou peut être renouvelé selon les termes du contrat. En pratique, la fin de ces contrats ne signifie généralement pas la fin de l'activité, qui peut être devenue importante et durable. Lors de la rédaction du contrat, les parties peuvent souhaiter anticiper les difficultés potentielles

liées à la fin de la durée du contrat et éviter de longues renégociations en incluant une clause de renouvellement ou de prolongation. Ces clauses définissent à la fois le processus et les conditions de renouvellement et de prolongation. En ce qui concerne le processus, les parties doivent préciser comment et quand elles doivent se notifier mutuellement leur intention de renouveler ou de prolonger le contrat, la durée de ce renouvellement ou de cette prolongation, le nombre de fois que le contrat peut être renouvelé ou prolongé, et si le renouvellement ou la prolongation s'accompagnerait d'une modification de l'une des autres conditions contractuelles (par exemple, les frais de location). En ce qui concerne les exigences, les parties devraient envisager de subordonner le renouvellement ou la prolongation à la satisfaction de toutes les obligations contractuelles ou sur la base d'indicateurs de performance clés spécifiés.

4.51. *Renouvellement et restitution.* Si une partie des terres attribuées reste inutilisée au moment du renouvellement et qu'il est peu probable qu'elle soit mise en exploitation, les parties pourraient stipuler que les droits fonciers et les droits connexes portant sur la parcelle concernée soient restitués aux détenteurs légaux et légitimes des droits fonciers (voir, en général, le Chapitre 6). L'expiration d'une période initiale ne doit cependant pas être utilisée comme un moyen pour le gouvernement de prendre le contrôle d'un projet réussi.

4.52. *Renégociations.* Si les parties n'incluent pas de clause de renouvellement ou si la clause n'anticipe pas un problème particulier qui se pose, la volonté des parties de prolonger ou de renouveler un contrat peut impliquer des renégociations, avec ou sans mécanismes de règlement des litiges (voir le Chapitre 7). Ces renégociations doivent être menées de bonne foi, en temps utile et de manière inclusive, afin d'éviter des négociations prolongées et des désaccords et de garantir que l'investissement agricole reste productif, durable et responsable.

II. LES QUESTIONS SOCIALES ET ÉCONOMIQUES

4.53. *Introduction.* Lors de l'examen des dispositions contractuelles qui déterminent les droits et obligations substantiels des parties en matière sociale et économique, il convient de garder à l'esprit deux mises en garde.

4.54. *Les questions couvertes sont vastes et complexes, et la pratique contractuelle est très différente:* ces différences reflètent non seulement la diversité du droit applicable, mais aussi celle des produits concernés, des configurations commerciales et d'autres facteurs contextuels. Par exemple,

les dispositions contractuelles qui déterminent les droits et obligations des parties en matière sociale et économique diffèrent considérablement selon que l'entreprise implique un bail à long terme, une coentreprise ou une installation de transformation qui s'approvisionne principalement auprès de petits producteurs ruraux. Les parties contractantes ont aussi souvent des préférences différentes. En raison de cette complexité et de cette diversité, les paragraphes suivants visent à identifier les questions clés à prendre en compte plutôt qu'à fournir des orientations détaillées sur des clauses ou des accords spécifiques.

4.55. *Bien que les questions soient examinées séparément dans un souci de clarté, dans la pratique, elles sont souvent étroitement liées et des compromis peuvent éventuellement être trouvés entre différents domaines:* par exemple, les obligations des investisseurs de développer des infrastructures sociales ou publiques pourraient avoir des répercussions sur le montage financier (par exemple, les parties convenant qu'une partie des avantages économiques est fournie en nature plutôt que sous forme de revenus). Ces compromis exigent des choix réfléchis, et les parties contractantes peuvent légitimement adopter des approches différentes. Toutefois, le droit national et international fixe des paramètres auxquels les parties ne peuvent déroger dans leurs négociations ¹⁸⁶, par exemple, en ce qui concerne le respect des droits du travail et des droits de l'homme.

4.56. *Plan de la section.* Cette partie examine les pratiques, les questions et les compromis qui peuvent survenir en matière sociale et économique, mais pour comprendre ces droits et obligations spécifiques, il est nécessaire de les analyser dans le contexte du contrat dans son ensemble. Ce faisant, elle aborde les éventuelles dispositions contractuelles et les orientations connexes en matière de: (A) contributions monétaires; (B) création d'emplois, accès aux emplois et droits du travail; (C) relations avec l'économie locale et transformation; (D) agriculture contractuelle, programmes de sous-traitance et relations dans la chaîne d'approvisionnement; (E) fonds de développement communautaire et infrastructure sociale.

¹⁸⁶ ONU. 2015. Principes pour des contrats responsables. Intégration de la gestion des risques liés aux droits de l'homme dans les négociations de contrats entre l'État et les investisseurs.

A. Les contributions monétaires

4.57. *En général.* Les contributions monétaires sont l'une des prestations économiques dans les CITA. Elles peuvent prendre différentes formes, en fonction de la nature du contrat. Les frais de location de terrain sont un type de revenu courant. Ils peuvent être calculés sur la base d'un taux forfaitaire, que l'investisseur doit payer au concédant indépendamment de la performance du projet (modèles à revenu fixe); comme une part de la production ou des bénéfices (modèles de partage des revenus ou des bénéfices); ou comme une combinaison de composantes à revenu fixe et de partage des revenus. Dans les coentreprises, le subventionneur peut avoir droit à des dividendes de la société en participation. Selon les circonstances, d'autres contributions monétaires peuvent également s'appliquer aux relations entre l'investisseur et le concédant. De manière plus générale, tout au long du processus de négociation contractuelle, les parties doivent prêter une attention particulière à la question de savoir dans quelle devise les paiements doivent être effectués, ainsi qu'aux questions connexes telles que la question de savoir qui assume les risques liés aux fluctuations des taux de change.

4.58. *Revenus.* En outre, l'investisseur sera dans la plupart des cas tenu de verser des revenus aux pouvoirs publics. Il peut s'agir de frais liés, par exemple, au prélèvement d'eau et aux permis environnementaux et autres. Il s'agit aussi généralement de taxes telles que l'impôt sur les sociétés et les droits sur l'importation et l'exportation d'intrants et de produits. Lorsque le gouvernement est le concédant, ces multiples sources de revenus – des frais de location de terrains aux taxes – peuvent être regroupées dans un même montage financier.

4.59. *Dispositions contractuelles.* Le droit interne tend à jouer un rôle prépondérant dans la réglementation des obligations pécuniaires (voir le Chapitre 1.I.A). Nonobstant le rôle du droit national, les CITA – comme c'est généralement le cas pour les contrats à long terme – contiennent très souvent des dispositions traitant des obligations monétaires. Celles-ci peuvent aider à clarifier les paiements applicables, tels que déterminés par le droit national. Elles permettent également aux parties d'adapter leurs droits et obligations aux circonstances spécifiques du projet. En matière de fiscalité, cependant, l'application du droit national – plutôt que la négociation de régimes fiscaux adaptés – crée des conditions équitables, accroît la transparence et réduit les possibilités de corruption. En outre, si de nombreux contrats prévoient des exceptions au droit fiscal généralement applicable (par exemple sous la forme de divers avantages fiscaux offerts

aux investisseurs étrangers par les États qui cherchent à encourager les investissements étrangers)¹⁸⁷, il est largement reconnu que le contrat ne doit pas accorder d'exemptions qui ne sont pas envisagées par le droit national¹⁸⁸.

4.60. *Variété des solutions.* Il n'y a pas de solution unique lorsqu'il s'agit de concevoir des obligations monétaires. Les secteurs des produits de base et les juridictions nationales diffèrent, et les parties contractantes peuvent avoir des préférences différentes. Lorsque le concédant est une autorité publique, des questions politiques de grande envergure peuvent être en jeu au-delà des seuls revenus. Par exemple, les redevances sur l'eau pourraient inciter l'investisseur à utiliser l'eau de manière efficace. Cette situation exige un examen attentif et global des dimensions pécuniaires et non pécuniaires.

4.61. *Compromis et nécessité d'expertise.* Différentes combinaisons de flux de recettes peuvent conduire à des résultats différents en termes de répartition des recettes dans le temps, de partage des risques entre les parties et de facilité de recouvrement des recettes. Les compromis qui en résultent doivent être traités par des choix éclairés qui reflètent le contexte spécifique et les préférences des parties. Comme les avocats n'ont peut-être pas la formation ou l'expertise nécessaires pour traiter ces questions difficiles, la modélisation financière et l'expertise économique sont nécessaires pour éclairer les négociations contractuelles.

4.62. *Méthodes de calcul des revenus fixes.* Par rapport aux modèles de partage des recettes ou des bénéfices, les accords à revenu fixe, par exemple, s'avèrent généralement plus faciles à gérer et sont souvent plus transparents. Ils procurent également au concédants un revenu indépendamment du rendement des investissements. Par ailleurs, le partage des revenus ou des bénéfices dépend de la réussite de la production

¹⁸⁷ OCDE. 2009. Foreign investment in developing country agriculture – issues, policy implications and international response (en anglais), p. 5 'Pour eux, l'investissement étranger direct est considéré comme un facteur potentiellement important pour combler le déficit d'investissement, bien que l'on ne sache pas exactement dans quelle mesure ces investissements répondent à leurs besoins réels. Les avantages financiers des transferts d'actifs pour les pays d'accueil semblent peu importants. Les loyers fonciers demandés sont généralement faibles, voire nuls, par exemple, alors que les divers avantages fiscaux offerts aux investisseurs étrangers signifient un manque à gagner fiscal'.

¹⁸⁸ OCDE. 2011. Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, para. II (5).

et de la vente, bien que les implications de cette situation varient selon que les accords de partage sont basés sur les bénéfices ou sur les revenus bruts.

4.63. *Partage des bénéfices et des revenus.* Le partage des bénéfices tend à être particulièrement complexe parce que l'entreprise peut mettre un certain temps à devenir rentable (par exemple, en raison de la nécessité de récupérer d'abord les coûts d'investissement), et en raison du risque de transfert des bénéfices. D'autre part, lorsque le partage est basé sur les recettes brutes plutôt que sur les bénéfices, les paiements seraient liés au chiffre d'affaires, indépendamment de la rentabilité. Dans les projets réussis, les formes de partage des revenus pourraient permettre au concédant de recevoir un revenu plus important sur la durée du projet, bien que – par rapport aux approches à revenu fixe – les modèles de partage soient également associés à une plus grande incertitude. Certains contrats combinent l'utilisation de flux de revenus fixes et de partage des revenus.

4.64. *Les entreprises conjointes.* Une participation dans une entreprise conjointe pourrait permettre au concédant non seulement de recevoir des dividendes, mais aussi d'être représenté au conseil d'administration de l'entreprise – et donc d'avoir accès à l'information et éventuellement d'exercer une influence sur la gestion. Toutefois, les dividendes dépendent de la rentabilité de l'entreprise, et des études empiriques sur les entreprises conjointes entre communautés et investisseurs dans le domaine de l'agriculture ont mis en évidence l'efficacité limitée de la représentation au conseil d'administration ou l'absence de versement de dividendes dans certains cas. En outre, les accords d'entreprise conjointe sont intrinsèquement complexes. En tant que tels, ils nécessitent un examen attentif et des mesures ciblées pour remédier aux déséquilibres dans les informations, les ressources et les capacités respectives des parties.

4.65. *Calendrier et forme.* Outre les montants dus, le contrat détermine généralement le moment et la forme des contributions pécuniaires, y compris les dispositions relatives à l'inexécution et aux intérêts de retard. Lorsque le concédant est un État et que le contrat porte sur des questions fiscales, les parties doivent envisager d'établir des garanties contractuelles contre les abus en matière de prix de transfert, afin de s'assurer que les impôts dus sont effectivement payés, si la législation nationale ne traite pas ces questions de manière adéquate¹⁸⁹. Il peut s'agir d'exiger que les

¹⁸⁹ Le prix de transfert désigne le prix des transactions qui ont lieu entre des sociétés appartenant à un même groupe commercial ("filiales"). Les transactions peuvent inclure la vente de biens tels que des intrants ou des produits, la fourniture de services tels que la construction, la gestion ou la commercialisation, la concession

transactions entre l'investisseur et les sociétés affiliées se fassent dans des conditions de pleine concurrence, et que l'investisseur conserve et divulgue des données et des registres précis et actualisés.

4.66. *Capitalisation.* Afin de garantir que l'investisseur dispose de ressources suffisantes pour réaliser l'investissement et assumer les responsabilités qui y sont liées, certains CITA exigent également des niveaux minimums de capitalisation, c'est-à-dire le montant des capitaux propres dont dispose une société pour ses activités. Par exemple, le contrat peut prévoir que le ratio d'endettement de l'investisseur ne doit à aucun moment dépasser une valeur déterminée.

4.67. *Lien avec la révision périodique.* Les clauses contractuelles doivent prévoir des révisions périodiques des obligations pécuniaires des parties. Ces révisions sont particulièrement importantes pour les projets à long terme, afin d'adapter les paiements à l'évolution de la situation économique et de garantir la pertinence du montage financier (voir la Section V.A.5 ci-dessous concernant la notification et la révision périodique). Les clauses les plus efficaces précisent le calendrier des révisions périodiques, exigent des parties qu'elles négocient de bonne foi les paiements révisés et identifient les dispositions permettant de déterminer les révisions si les parties ne peuvent pas se mettre d'accord – par exemple, par le biais d'une détermination par un expert indépendant nommé conjointement par les parties.

B. Création d'emplois, accès à l'emploi et droits du travail

4.68. *En général.* L'emploi est souvent l'un des avantages les plus importants que les investisseurs mettent en avant. Toutefois, il existe un risque qu'un investissement foncier agricole donné ne soit pas à la hauteur des attentes créées et que les emplois ne puissent pas compenser la perte de terres. En effet, selon le contexte, les terres et les ressources naturelles peuvent conférer des avantages collectifs aux populations rurales, tandis

de licences de droits de propriété intellectuelle tels que des technologies brevetées, ou des prêts entre la filiale locale et d'autres sociétés appartenant au même groupe d'entreprises. Dans les grands groupes comptant de nombreuses filiales, ces transactions intra-entreprises font partie de la vie commerciale ordinaire. Mais les prix de transfert offrent des possibilités d'évitement fiscal. Chaque coût que l'entreprise attribue à des opérations en dehors du pays d'accueil a pour effet de réduire l'assiette fiscale dans ce pays. Et en manipulant les prix des biens, les honoraires des services, les redevances sur les brevets ou les intérêts sur les prêts, l'investisseur peut transférer les bénéfices de la société constituée localement vers des filiales situées dans des pays où la fiscalité est moins élevée.

que les emplois impliquent généralement des opportunités pour les individus. Il est souvent impossible pour les investissements de fournir des emplois à tous ceux qui perdent des terres.

4.69. *Importance des emplois de qualité.* En outre, alors que les transferts de terres impliquent généralement la perte d'un actif permanent, les emplois sont souvent saisonniers, limités à une période déterminée (par exemple dans la phase de construction) ou soumis à des changements de conditions économiques. De plus, si l'accent est souvent mis sur le nombre d'emplois que le projet créerait, il est également important d'examiner la qualité des emplois créés, de garantir des conditions d'emploi décentes et de veiller à ce que les droits du travail soient respectés.

4.70. *Objet des dispositions relatives à l'emploi.* Les dispositions contractuelles régissant l'emploi visent à garantir que les prestations promises se concrétisent. Elles sont plus couramment utilisées dans les contrats où le concédant est le gouvernement ou une autorité publique, mais on les trouve aussi souvent dans les contrats conclus directement avec les collectivités locales. Elles portent souvent sur trois questions interdépendantes: la création d'emplois, l'accès à l'emploi et les droits du travail et les conditions d'emploi.

4.71. *Création d'emplois.* Il est souvent difficile de prévoir le nombre précis des différents types d'emplois que le projet va générer pendant sa durée – notamment parce que des facteurs économiques externes et souvent imprévisibles peuvent avoir des répercussions importantes sur le projet. Les contrats ne peuvent à eux seuls garantir la création d'emplois difficiles à maintenir en termes économiques. Par conséquent, les engagements en matière de création d'emplois sont souvent difficiles à traduire en clauses contractuelles spécifiques. Cela dit, une pratique contractuelle a vu le jour qui cherche à résoudre ces problèmes.

4.72. *Objectifs d'emploi.* Dans certains contrats, l'investisseur "déclare" qu'il "envisage" de créer un nombre donné d'emplois. Bien qu'une telle formulation puisse ne pas créer d'obligations exécutoires dans de nombreuses juridictions, l'insertion d'engagements plus spécifiques de la part de l'investisseur à employer un nombre déterminé de personnes en énumérant des chiffres dans le contrat et en prévoyant des possibilités de révisions périodiques à la lumière de l'évolution de la situation économique peut contribuer à clarifier les attentes communes des parties. Cela peut également constituer une référence utile pour le suivi du projet.

4.73. *Sauvegarde concernant les objectifs en matière d'emploi.* Les parties peuvent élaborer des clauses pour compenser les situations où la création d'emplois est nettement inférieure aux attentes. Cela pourrait être le cas, par exemple, si l'innovation technologique permet une mécanisation accrue, réduisant ainsi le nombre de personnes employées par le projet. Dans de telles situations, le contrat pourrait exiger que les parties négocient d'autres avantages tels que des paiements monétaires accrus ou des investissements dans l'infrastructure sociale.

4.74. *Accès à l'emploi: postes non qualifiés.* Au-delà de la création d'emplois, l'accès à l'emploi est un autre défi récurrent dans les investissements agricoles. Les personnes qui perdent des terres pour la mise en œuvre d'un projet ont souvent du mal à accéder aux possibilités d'emploi que le projet crée. Certains contrats exigent que les postes non qualifiés soient occupés par des ressortissants locaux – ou même des personnes de la zone du projet ou de ses environs – chaque fois que cela est possible. De telles dispositions présupposent qu'une main-d'œuvre locale soit disponible pour occuper ces emplois.

4.75. *Des postes qualifiés.* Certains contrats prévoient que les ressortissants locaux – ou éventuellement les personnes originaires de la zone du projet ou de ses environs – doivent être prioritaires dans le recrutement, les possibilités de formation et les promotions pour les postes qualifiés (par exemple, les postes de direction et les postes techniques). Ces clauses visent à garantir que l'investissement apporte une valeur ajoutée dans le pays d'accueil. Pour garantir l'efficacité de ces clauses, certains contrats fixent des objectifs de pourcentage de main-d'œuvre qualifiée pour les ressortissants locaux et établissent des échelles mobiles, en vertu desquelles les objectifs de pourcentage d'emploi local pour les postes qualifiés augmentent pendant toute la durée du projet.

4.76. *Améliorer l'emploi.* Dans ces arrangements contractuels, au début de la mise en œuvre du projet, les travailleurs locaux peuvent occuper principalement des postes non qualifiés, mais des échelles mobiles ambitieuses associées à des exigences de renforcement des capacités visent à accroître le nombre d'employés locaux occupant des postes techniques et de direction. Pour que ces échelles mobiles fonctionnent, les contrats doivent fixer des objectifs réalistes à la lumière des conditions socio-économiques dominantes, des exigences spécifiques en matière d'éducation et de formation sur le lieu de travail, y compris des calendriers et, le cas échéant, des engagements financiers annuels minimums, ainsi que des dispositions efficaces en matière de rapports et de suivi. En outre, une

attention particulière devrait être accordée aux besoins des jeunes qui pourraient bénéficier d'une formation en cours d'emploi pour renforcer leurs capacités.

4.77. *Différenciation de genre et autres différenciations sociales.* Le genre et les autres différenciations sociales sont des questions importantes dans les relations de travail agricoles, en partie à cause de la ségrégation professionnelle. Dans les plantations agricoles, par exemple, les femmes sont souvent recrutées comme travailleurs temporaires, sans contrat et sur la base d'un travail rémunéré à un taux fixe basé sur la quantité effectuée plutôt que sur le temps nécessaire pour effectuer le travail. Cela signifie que les protections du droit du travail peuvent ne pas s'appliquer, et que les femmes peuvent être moins bien payées et exposées à des pratiques discriminatoires. Dans de nombreux États, la Constitution et la législation du travail interdisent la discrimination fondée sur le sexe, la grossesse et l'état matrimonial en matière de recrutement, de formation, de rémunération, de conditions d'emploi, de promotion et de licenciement. Mais ces dispositions sont souvent inefficaces pour lutter contre les pratiques socio-économiques discriminatoires fondées sur le genre, qui sont bien ancrées.

4.78. *Réduire la ségrégation professionnelle.* Les contrats peuvent renforcer ces exigences générales par des mesures visant à réduire la ségrégation professionnelle – par exemple, en garantissant que tout objectif d'accès à l'emploi (y compris, mais pas seulement, les postes qualifiés) et aux possibilités de formation soit ventilé par genre. Une approche similaire peut être adoptée en ce qui concerne d'autres sources de différenciation sociale importantes au niveau local, comme par exemple l'origine ethnique (garantir qu'un groupe particulièrement discriminé ait accès à une part équitable des possibilités d'emploi et de formation) ou l'âge (faciliter l'accès aux opportunités pour les jeunes qui possèdent rarement des terres à eux) ¹⁹⁰.

4.79. *Conditions d'emploi et relations de travail.* Une troisième série de questions concerne le respect des droits du travail internationalement reconnus, ainsi que des normes de santé, de sécurité et autres normes sur le lieu de travail ¹⁹¹. La plupart des États sont légalement tenus de le faire en vertu de leur adhésion à l'Organisation internationale du travail (OIT) ou de leur ratification des conventions pertinentes de l'OIT. En plus des

¹⁹⁰ CSA. 2014. Principes du CSA-RAI, Principe 4.

¹⁹¹ *Id.* Principe 2; FAO. 2012. VGGT, para. 12.4.

instruments internationaux, le droit du travail national joue un rôle clé dans le traitement des questions relatives aux droits du travail. Cela comprend, par exemple, la législation régissant la liberté d'association et la négociation collective, la législation sur le salaire minimum ou le salaire vital, les règlements sur les grèves, les conditions d'emploi, la santé et la sécurité, et la protection contre le licenciement abusif.

4.80. *Aborder le droit du travail dans le contrat.* Le contrat peut préciser que le projet doit être conforme au droit national et il peut aborder des questions spécifiques de droit du travail qui se posent dans le cadre du projet d'investissement. Par exemple, il peut déterminer la nature et les modalités de toute prestation de services aux employés et à leurs personnes à charge (par exemple, soins médicaux, logement ou éducation). Elle peut également réglementer ou restreindre l'utilisation de produits chimiques toxiques spécifiques ou exiger de l'investisseur qu'il forme les travailleurs à l'utilisation d'équipements de protection.

4.81. *Adhésion aux instruments internationaux.* Une approche consiste à exiger dans le contrat l'adhésion aux instruments de l'OIT, bien que ceux-ci s'adressent principalement aux États plutôt qu'aux investisseurs. Le contrat pourrait également faire référence à des instruments non contraignants tels que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, le cas échéant, ou la Norme de performance 2 de la SFI. Cette dernière fixe des exigences de base telles que le respect du droit national, le traitement équitable et la non-discrimination dans les relations de travail, la santé et la sécurité, et l'interdiction du recours au travail forcé. Chaque fois que les contrats font référence à des normes internationales, il est essentiel que les parties disposent des capacités institutionnelles et humaines nécessaires pour contrôler le respect de ces normes.

4.82. *Lien vers le suivi.* Pour faciliter le suivi, le contrat doit exiger de l'investisseur qu'il conserve des données et des dossiers précis sur la création d'emplois, l'accès aux emplois et le respect des droits du travail, et qu'il fasse régulièrement rapport sur les progrès réalisés. Il doit également conférer au concédant des pouvoirs proportionnés pour contrôler le respect des dispositions, y compris le droit d'inspecter les locaux.

C. Relation avec l'économie locale et transformation

4.83. *En général.* S'assurer que le projet favorise un développement économique inclusif dans la zone du projet ou dans le pays en général est

souvent une considération clé pour le concédant – surtout lorsqu'il s'agit d'un gouvernement ou d'une autre autorité publique ¹⁹². Pourtant, un défi récurrent des investissements basés sur les ressources est qu'ils peuvent créer des liens inadéquats avec l'économie locale. En conséquence, les investissements peuvent contribuer à l'économie nationale au niveau macro (par exemple, en termes de PIB ou de balance des paiements), mais en ayant néanmoins un impact limité sur la réduction de la pauvreté. Plusieurs États ont adopté des lois qui cherchent à maximiser les liens positifs avec l'économie locale. Selon les circonstances, des clauses contractuelles ont également été utilisées à des fins similaires.

4.84. *Considérations.* Cette question présente plusieurs dimensions. L'une d'elles concerne la transformation: pour réduire ou éviter la dépendance à l'égard des exportations de matières premières, de nombreux États ont adopté des politiques visant à promouvoir la valeur ajoutée nationale – en exigeant ou en encourageant les entreprises à effectuer au moins une partie de la transformation sur le territoire national. La manière dont ces politiques sont traduites en pratique contractuelle dépend des circonstances de l'investissement agricole concerné.

4.85. *Transformation locale.* Dans certains cas, la transformation agro-industrielle fait partie de la conception du projet dès le début. Cela peut être le cas pour les denrées périssables qui doivent être transformées peu après la récolte, et pour les entreprises qui visent le marché intérieur. Par exemple, de nombreux projets concernant la canne à sucre impliquent le développement d'une installation de transformation pour la production de sucre ou d'éthanol. Dans de telles situations, des contrats efficaces peuvent fixer des paramètres clairs, basés sur l'étude de faisabilité du projet, pour la construction et l'exploitation de l'usine de transformation – y compris des plans de développement, des objectifs spécifiques basés sur la valeur de vente, des calendriers connexes et des dispositions de suivi.

4.86. *Encourager la transformation locale.* Dans d'autres situations, la conception du projet, telle que proposée à l'origine par l'investisseur, implique une production agricole à l'exclusion de toute transformation locale significative. Cela peut être particulièrement pertinent pour les denrées non périssables qui peuvent être transportées sur des distances moyennes à longues. Toutefois, même dans de tels cas, le concédant peut négocier pour que le contrat exige qu'au moins une certaine partie de la production soit transformée localement. Les clauses contractuelles définissent alors les

¹⁹² CSA. 2014. Principes du CSA-RAI, Principe 2.

paramètres de ces exigences de transformation locale. La législation nationale a également été déployée pour encourager ou exiger la transformation locale.

4.87. *Incitations à la transformation.* Dans d'autres situations, le contrat crée des incitations pour l'investisseur à inclure la transformation locale à un stade ultérieur, par exemple par des dispositions détaillées qui obligent l'investisseur à évaluer la viabilité de la transformation locale, conditionnent l'extension du contrat à une part déterminée de la production transformée dans le pays dans un délai déterminé, ou exigent de l'investisseur qu'il vende un pourcentage de sa production à des installations de transformation qui pourraient être établies dans le pays par des tiers à l'avenir. S'il existe de nombreuses options juridiques dans ces domaines, la viabilité économique est, en fin de compte, une considération importante.

4.88. *Contenu local.* Une autre question concerne l'approvisionnement en biens et services nécessaires à la mise en œuvre du projet, allant de l'équipement aux services de restauration. Certaines lois ou contrats contiennent des clauses de "contenu local" qui obligent l'investisseur à s'approvisionner ou à accorder la préférence aux biens et services vendus par des entreprises locales. Cela peut, par exemple, obliger l'investisseur à donner la priorité aux biens et services locaux si le coût, la qualité ou le délai de livraison sont comparables au niveau international. Certains contrats exigent que la priorité soit accordée aux fournisseurs locaux même si cela augmente les coûts du projet, dans les limites d'un pourcentage déterminé de fournisseurs alternatifs disponibles au niveau international. Selon les VGGT et les Principes RAI du CSA, tous les nouveaux accords avec les acteurs de la chaîne d'approvisionnement doivent être soumis à un nouveau processus de diligence raisonnable afin de garantir que les fournisseurs respectent également les normes fondamentales et les bonnes pratiques.

4.89. *Exigences de performance.* Les preuves empiriques de l'efficacité de ces "exigences de performance" sont mitigées et, d'une manière générale, les dispositions légales ont peu de chances d'avoir un effet significatif s'il n'y a pas de capacité locale à saisir les opportunités commerciales créées. Par conséquent, il est essentiel de rendre les entreprises plus compétitives pour promouvoir des liens économiques positifs, que les clauses de contenu local soient utilisées ou non. Toutefois, de nombreux États ont historiquement eu recours à des exigences de performance dans leurs efforts d'industrialisation, y compris de nombreux États qui sont actuellement classés comme à haut revenu. Les exigences de performance

font partie de l'arsenal politique dont disposent les pouvoirs publics pour régir les investissements en terres agricoles.

4.90. *Considérations relatives aux exigences de performance.* Lorsque des exigences de performance sont utilisées, elles doivent être bien réfléchies si l'on veut qu'elles aient l'effet souhaité. Par exemple, certains contrats exigent que l'investisseur contribue au renforcement des capacités des entreprises locales dans les domaines critiques des services et de l'approvisionnement, et qu'il restructure les achats au fil du temps afin de rendre la fourniture locale de biens et de services plus réalisable. Étant donné que les investissements impliquent souvent de longues chaînes d'entrepreneurs et de sous-traitants, les meilleures pratiques contractuelles précisent également que les exigences de performance s'appliquent aux activités économiques menées par les entrepreneurs et les sous-traitants et étendent les obligations de déclaration à ces opérateurs. Certains contrats exigent de l'investisseur qu'il prenne des mesures proactives spécifiques pour diffuser des informations sur les chaînes d'approvisionnement agricoles responsables aux fournisseurs et sous-traitants potentiels ¹⁹³.

4.91. *Objectifs de contenu local.* Les dispositions relatives au contenu local peuvent également préciser les objectifs que l'investisseur doit atteindre auprès de certains types d'entreprises, telles que les petites et moyennes entreprises, ou auprès d'entreprises détenues ou gérées par des groupes particuliers, tels que les femmes ou les jeunes. Les exigences en matière de relation avec l'économie locale et de transformation doivent être accompagnées de dispositions correspondantes en matière de notification et de suivi. Par exemple, le contrat peut exiger de l'investisseur qu'il présente des plans annuels sur les performances de toute installation de traitement ou sur les progrès accomplis dans la réalisation des objectifs en matière de contenu local. En utilisant les exigences de performance, les États doivent être conscients des obligations découlant de leur appartenance à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le cas échéant, et de toute clause relative aux exigences de performance contenue dans les traités internationaux d'investissement qu'ils ont pu ratifier.

¹⁹³ OCDE, FAO. 2016. OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains.

D. L'agriculture contractuelle, les programmes de soustraction et les relations dans la chaîne d'approvisionnement

4.92. *En général.* Les VGGT appellent les États à "soutenir les investissements réalisés par les petits exploitants ainsi que les investissements publics et privés qui tiennent compte des intérêts des petits exploitants"¹⁹⁴. Ils déclarent également que les investissements responsables "devraient être réalisés dans le cadre de partenariats [...] avec les détenteurs locaux de droits fonciers sur les terres", et que "les États devraient envisager d'encourager une gamme de modèles d'investissement et de production qui n'aboutissent pas à des transferts à grande échelle de droits fonciers à des investisseurs, et ils devraient encourager les partenariats avec les détenteurs locaux de droits fonciers"¹⁹⁵. Des dispositions comparables encourageant la collaboration avec les petits producteurs ruraux sont également contenues dans les Principes RAI du CSA¹⁹⁶.

4.93. *Approvisionnement en produits.* Dans la pratique, de nombreuses entreprises agroalimentaires choisissent de s'approvisionner en produits agricoles auprès de producteurs indépendants, y compris de petits exploitants. Dans certains cas, l'entreprise achète la plupart ou même la totalité des produits aux producteurs et concentre ses propres opérations sur l'agrégation, la transformation ou la distribution. Dans d'autres cas, l'entreprise gère sa propre plantation et s'approvisionne en produits supplémentaires auprès de producteurs indépendants, ce qui lui permet d'accroître sa capacité de production de manière plus souple.

4.94. *Variété de contrats d'agriculture contractuelle.* Les relations entre l'entreprise et les producteurs sont extrêmement diverses: des transactions au comptant, éventuellement par l'intermédiaire d'une chaîne de négociants et d'intermédiaires, aux accords d'agriculture contractuelle étroitement coordonnés¹⁹⁷. L'agriculture contractuelle est elle-même extrêmement diversifiée, notamment en ce qui concerne son degré de formalisation et la nature des parties impliquées. Certains systèmes d'agriculture contractuelle

¹⁹⁴ FAO. 2012. VGGT, para. 12.2.

¹⁹⁵ *Id.*, para. 12.4 et 12.6.

¹⁹⁶ CSA. 2014. Principes RAI du CSA, para. 4.

¹⁹⁷ Pour des conseils et des orientations sur les contrats d'agriculture contractuelle, y compris la description des clauses contractuelles les plus courantes, la discussion des questions juridiques et des problèmes critiques afin de promouvoir les meilleures pratiques, voir UNIDROIT/FAO/FIDA. 2015. Guide juridique sur l'agriculture contractuelle.

reposent sur un accord bilatéral entre l'entreprise et les agriculteurs, qui peuvent choisir de commercialiser individuellement ou par l'intermédiaire de coopératives, tandis que d'autres sont des accords multilatéraux qui impliquent également des prêteurs, des assureurs ou d'autres prestataires de services. Si, dans de nombreux cas, les agriculteurs cultivent des terres dont ils sont propriétaires ou auxquelles ils ont accès de manière indépendante, dans d'autres, la société fournit des terres en concession aux cultivateurs ¹⁹⁸.

4.95. *Relations au sein de la chaîne d'approvisionnement.* Les relations au sein de la chaîne d'approvisionnement vont au-delà des questions purement contractuelles et englobent des caractéristiques structurelles de la chaîne de valeur concernée, des considérations commerciales et des choix politiques. En outre, les accords de collaboration entre l'agroalimentaire et les petits producteurs agricoles peuvent offrir des moyens de subsistance; mais ils peuvent également exposer les agriculteurs à des arrangements d'exploitation et à des risques importants, comme dans le cas de l'endettement et des accords de prix déloyaux.

4.96. *Droit interne et contrat.* Dans plusieurs États, la législation nationale régit les relations au sein de la chaîne d'approvisionnement et protège les droits des agriculteurs, par exemple, en mettant en place des cadres réglementaires pour l'agriculture contractuelle ¹⁹⁹. Des orientations internationales sont également disponibles pour traiter les questions relatives à la terre, au travail et autres dans les chaînes d'approvisionnement agricoles ²⁰⁰. Les contrats influencent également les termes de toute relation de la chaîne d'approvisionnement. De multiples contrats seront en jeu au-delà du CITA lui-même. Dans de nombreux cas, il s'agira de contrats directs entre l'investisseur et des agriculteurs individuels ou des coopératives d'agriculteurs – bien que des arrangements plus informels soient également courants. Les différents contrats sont interdépendants et doivent être considérés dans leur globalité. Toutefois, le

¹⁹⁸ Pour des modèles d'agriculture contractuelle responsable, voir: FAO, Institut international du développement durable (IIDD). 2018. Modèle d'accord pour une agriculture contractuelle responsable.

¹⁹⁹ FAO. 2018. Enabling regulatory frameworks for contract farming. FAO Legislative Study 111 (en anglais).

²⁰⁰ Par exemple, OCDE, FAO. 2016. Orientations pour des chaînes d'approvisionnement agricole responsables.

présent guide se concentre sur les dispositions de l'accord entre l'investisseur et le concédant ²⁰¹.

4.97. *Encourager un système de culture hors sol.* Selon la situation, le contrat entre l'investisseur et le concédant peut encourager ou même exiger de l'investisseur qu'il élabore des dispositions contractuelles avec les petits producteurs ruraux. Les parties doivent toutefois veiller à ne pas imposer de programmes de plantations satellites à des producteurs réticents. Toute disposition contractuelle obligatoire doit être fondée non seulement sur l'étude de faisabilité du projet, mais aussi sur un engagement profond et efficace avec les producteurs locaux afin de garantir que le programme de plantations satellites répond à leurs aspirations en matière de développement et que leur participation au programme est pleinement consensuelle.

4.98. *Évaluer les modèles d'investissement.* Selon le contexte et le cadre juridique applicable, un protocole d'accord autorisant l'investisseur à réaliser une étude de faisabilité pourrait exiger que l'étude évalue les modèles d'investissement qui impliquent une collaboration avec les petits producteurs ruraux, sur la base d'une consultation et, le cas échéant, du consentement des titulaires de droits fonciers légitimes et des petits producteurs agricoles; les données de l'étude peuvent alors être utilisées pour éclairer la négociation du contrat entre l'investisseur et le concédant.

4.99. *Exigences contractuelles concernant les cultivateurs sous-traitants.* Lorsqu'un programme de cultivateurs sous-traitants répond à une demande locale, le CITA peut exiger que l'investisseur développe un tel programme selon certaines spécifications et certains délais, en précisant que la mise en œuvre de ces dispositions doit également être basée sur la consultation des communautés affectées. Le contrat entre l'investisseur et le concédant peut également faciliter l'accès à des opportunités dans le cadre du programme de cultivateurs sous-traitants pour des groupes spécifiques, tels que les femmes et les jeunes. Lorsque le contrat exige que l'investisseur mette en place un programme de cultivateurs sous-traitants, il doit également identifier les modalités de suivi et les sanctions en cas de non-respect – par exemple, en précisant que le fait de ne pas développer le programme de cultivateurs sous-traitants conformément aux spécifications constituerait une violation matérielle du contrat et un motif de résiliation du contrat.

²⁰¹ Pour des conseils sur les contrats investisseurs-agriculteurs, voir UNIDROIT/FAO/FIDA. 2015. Guide juridique sur l'agriculture contractuelle.

4.100. *Paramètres minimums.* Reconnaissant les asymétries de pouvoir de négociation qui peuvent exister entre l'investisseur et les petits producteurs ruraux, et afin d'atténuer le risque d'accords inéquitables, le contrat entre l'investisseur et le concédant peut également fixer des paramètres minimums auxquels tout accord ultérieur entre l'investisseur et l'agriculteur doit se conformer. Outre l'établissement d'un plancher pour le contenu des accords agricoles, cette approche confère au concédant un rôle contractuellement défini dans le contrôle et l'application du respect des dispositions – une considération importante étant donné qu'il est souvent difficile pour les agriculteurs d'appliquer légalement leurs accords agricoles.

4.101. *Aspects essentiels à aborder.* Les principaux paramètres à établir pour le contrat entre l'investisseur et le concédant comprennent l'obligation d'acheter des produits aux agriculteurs jusqu'à des niveaux de production spécifiés, sous réserve de normes de qualité généralement considérées comme raisonnables dans le secteur²⁰²; l'obligation pour l'investisseur de fournir une formation et un soutien aux capacités des agriculteurs, ainsi que les modalités et les délais correspondants; les normes de qualité applicables aux intrants (par exemple, semences, produits agrochimiques) fournis par l'investisseur; et le prix des produits achetés aux agriculteurs locaux, basé sur des prix de référence minimums fixés au niveau international, et des intrants que les agriculteurs achètent à l'investisseur.

4.102. *Producteurs et ventes parallèles.* Le cas échéant, le contrat entre le concédant et l'investisseur doit également traiter de la vente parallèle, un problème récurrent dans de nombreux accords d'agriculture contractuelle, en créant des incitations efficaces pour que les parties restent engagées dans la relation tout en protégeant les agriculteurs contre des sanctions disproportionnées.

4.103. *Protections des cultivateurs.* Si les cultivateurs sous-traitants cultivent les terres attribuées à l'investisseur, le contrat doit également prévoir des garanties pour assurer leurs droits fonciers, de sorte qu'ils ne puissent pas être expulsés arbitrairement en cas d'inexécution. Si la société doit fournir des crédits aux agriculteurs, le contrat entre l'investisseur et l'État doit réglementer les conditions de crédit, par exemple en ce qui concerne les taux d'intérêt ou les déductions de paiement et le rééchelonnement, de manière à atténuer le risque d'endettement des agriculteurs. Le contrat investisseur-concédant doit exiger de l'investisseur

²⁰² Voir les Principes d'UNIDROIT, article 5.1.6, selon lequel la prestation doit être d'une qualité raisonnable et non inférieure à la moyenne dans les circonstances.

qu'il mette en place un mécanisme de réclamation pour entendre les plaintes des cultivateurs sous-traitants.

E. Fonds de développement communautaire et infrastructures sociales

4.104. *En général.* De nombreux contrats exigent de l'investisseur qu'il fournisse des contributions monétaires ou en nature pour des infrastructures sociales et des projets communautaires dans la zone d'investissement ou à proximité. Lorsque le concédant est la collectivité locale ou une autorité locale qui la représente, cet élément peut constituer une partie particulièrement importante des obligations économiques globales de l'investisseur. Lorsque le concédant est l'État, les obligations relatives aux fonds de développement communautaire et aux infrastructures sociales constituent un moyen de garantir que le projet bénéficie aux groupes locaux en fonction de leurs priorités de développement.

4.105. *Partage des revenus.* Selon les dispositions constitutionnelles et administratives, les obligations contractuelles de l'investisseur peuvent être liées aux dispositions qui régissent la répartition des avantages économiques entre les organes du gouvernement central et des collectivités locales. On constate également une expérience croissante en matière d'accords entre la collectivité et l'investisseur qui complètent le contrat entre le concédant et l'investisseur et précisent la nature des obligations de l'investisseur. Ces accords entre la communauté et l'investisseur peuvent couvrir plusieurs questions abordées dans les sections précédentes, par exemple en ce qui concerne l'emploi ou les cultivateurs sous-traitants. Selon les préférences des parties, ils incluent aussi habituellement des obligations de l'investisseur en ce qui concerne l'établissement et le financement d'un fonds de développement communautaire ou la fourniture et la garantie du fonctionnement continu d'infrastructures sociales telles que des écoles ou des cliniques.

4.106. *Variété de pratiques contractuelles.* La pratique contractuelle dans ce domaine est extrêmement variée, reflétant la diversité des situations et des configurations contractuelles. Si des fonds de développement communautaire ou des engagements en matière d'infrastructures sociales sont inclus dans le contrat entre le concédant et l'investisseur, ou dans des accords séparés entre la communauté et l'investisseur, toute disposition contractuelle doit être basée sur la consultation de la communauté et, le

cas échéant, sur le CPLCC ²⁰³. Les dispositions doivent également établir des obligations claires, spécifiques, exécutoires et limitées dans le temps, ainsi que les exigences de rapport et de suivi qui s'y rapportent, et prévoir des sanctions efficaces en cas de non-respect – y compris la résiliation du contrat principal en cas de manquement important s'il n'est pas corrigé dans un délai déterminé.

4.107. *Questions à traiter.* Lorsque le contrat prévoit un fonds de développement communautaire, en fonction de la situation, il doit également préciser comment ces fonds doivent être gérés – par exemple, en créant un comité et en clarifiant sa composition et son fonctionnement, y compris la représentation effective des différents groupes d'acteurs locaux. Une attention particulière doit être accordée aux questions de différenciation sociale et de genre – par exemple, en assurant une représentation adéquate des femmes et des groupes défavorisés dans tout comité établi pour gérer le fonds de développement communautaire.

III. L'ENVIRONNEMENT

4.108. *Introduction.* L'investissement en terres agricoles dépend fortement de la disponibilité et de la qualité des ressources naturelles. Toutefois, ces investissements sont souvent associés à des risques et des impacts environnementaux liés à la pollution de ces mêmes ressources naturelles (par exemple, l'eau, le sol, l'air), à la dégradation des forêts et à la perte de biodiversité. Les risques et impacts environnementaux varient selon le type d'écologie locale, le type de cultures agricoles et le système de gestion environnementale en place. En plus de créer des défis environnementaux, ces questions présentent également des dimensions sociales, car les ressources environnementales constituent la base des moyens de subsistance et de l'identité culturelle de millions de personnes dans le monde. Le projet d'investissement peut avoir des conséquences non seulement pour l'environnement en soi, mais aussi pour l'exercice du droit de l'homme à un environnement sûr, propre et sain. Malgré ce qui précède, les investissements en terres agricoles peuvent également avoir des effets positifs s'ils sont menés de manière responsable et durable. L'utilisation des ressources naturelles devrait être optimisée et la protection de

²⁰³ FAO. 2012. Les VGGT qui font référence à la consultation/participation et au CPLCC, ainsi qu'à l'ONU. 2007. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et à l'OIT. 1989. Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants.

l'environnement devrait être incluse dans le cadre du CITA et des accords connexes et ne pas être considérée isolément ²⁰⁴.

A. Considérations générales

4.109. *Droit applicable.* Comme indiqué brièvement au Chapitre 1, le droit national et le droit international jouent un rôle clé dans l'établissement des règles, des institutions et des processus impliqués dans la protection de l'environnement. Comme nous l'avons vu au Chapitre 3.IV.A, par exemple, le droit de l'environnement exige généralement une évaluation des incidences sur l'environnement pour les projets d'investissement qui peuvent avoir des effets importants sur l'environnement, et il définit les principaux paramètres de fond et de procédure.

4.110. *Rôle des contrats dans la protection de l'environnement.* Le CITA, en tant que l'une des sources de la réglementation applicable à l'opération, peut jouer un rôle important dans la protection de l'environnement en comblant les lacunes de la réglementation lorsque le cadre juridique national peut présenter des lacunes ou des omissions. Alors que certains contrats peuvent exiger que le projet soit conforme aux lois nationales applicables, tant actuelles que futures, d'autres peuvent "compléter" les garanties environnementales nationales applicables en imposant le respect de normes internationales ou régionales. En d'autres termes, les contrats peuvent renforcer les obligations environnementales qui sont déjà requises par les normes nationales et internationales, ainsi qu'établir de nouvelles obligations qui s'appuient sur la multiplicité des questions environnementales liées à la location de terres agricoles. L'exercice d'une diligence raisonnable et la prise en compte de la durabilité environnementale devraient donc constituer un objectif inviolable et partagé par les parties contractantes.

B. Les enjeux et les obligations

4.111. *Introduction.* Les normes nationales, régionales et internationales de l'environnement adoptées et appliquées dans chaque juridiction sont différentes, et les parties au contrat peuvent avoir des préférences différentes en ce qui concerne les obligations environnementales. Toutefois, sur la base des principes généraux du droit de l'environnement (par exemple, l'obligation de réaliser une évaluation des incidences sur

²⁰⁴ ONU. Assemblée générale. 1992. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Principe 4.

l'environnement, la prévention, le principe de précaution, le principe du pollueur-payeur, l'accès à l'information et la non-régression), cette section examine un ensemble non exhaustif de questions environnementales et de bonnes pratiques environnementales qui devraient être adoptées en permanence, avant, pendant et après la mise en œuvre des CITA.

4.112. *Évaluations des incidences sur l'environnement et obligations contractuelles.* Comme mentionné précédemment dans le Guide, une EIE doit être considérée comme une condition préalable au contrat et comme faisant partie de l'obligation de diligence raisonnable (voir respectivement les Chapitres 3.IV.A et 3.I) à entreprendre idéalement avant le début de l'investissement foncier agricole, comme une pratique *sine qua non*. Les conclusions de l'EIE peuvent être incluses en tant qu'obligations contractuelles contraignantes pour clarifier, qualifier et quantifier les questions environnementales qui doivent être contrôlées pendant la durée de vie du projet d'investissement. Dans d'autres cas, l'EIE est réalisée après la signature du contrat, et le contrat ne prend effet qu'une fois que l'investisseur a reçu les permis environnementaux basés sur les conclusions de l'EIE (voir le Chapitre 3.V.B). Dans ces cas, le contrat doit préciser les délais de réalisation de l'EIE et ses modalités (par exemple, la passation de marchés avec des experts environnementaux indépendants). La clause peut également énoncer d'autres conditions et exigences telles que: la divulgation d'informations et la participation du public au processus d'EIE; l'élaboration de plans de gestion environnementale pour mettre en œuvre les mesures identifiées par l'EIE; et l'élaboration de rapports environnementaux périodiques, examinés par les institutions compétentes et accessibles à tous les publics intéressés et aux parties prenantes concernées. Des dispositions contractuelles devraient exiger de l'investisseur qu'il se conforme au plan de gestion environnementale et préciser les conséquences de son non-respect.

4.113. *Prévenir la pollution.* Selon le principe du pollueur-payeur ²⁰⁵, les investisseurs en terres agricoles devraient être responsables des dommages environnementaux causés par l'utilisation de produits chimiques et le rejet de polluants, tels que les substances qui appauvrissent la couche d'ozone ²⁰⁶, et devraient supporter les coûts de prévention, de contrôle et de nettoyage de la pollution, ainsi qu'être prêts à couvrir les coûts de

²⁰⁵ ONU. Assemblée générale. 1992. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Principe 16.

²⁰⁶ Pour la liste des substances, voir ONU Environnement. 1987. Protocole de Montréal relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone.

réparation et de compensation. La législation nationale régit généralement ces questions, et les contrats peuvent combler les lacunes le cas échéant. Les meilleures pratiques contractuelles sont mises en évidence dans les paragraphes suivants.

4.114. *Approche écosystémique.* La bonne pratique consiste à adopter une approche écosystémique, qui peut être définie comme une stratégie de gestion intégrée des terres, des eaux et des ressources vivantes, qui favorise la conservation et l'utilisation durable d'une manière équitable ²⁰⁷. L'approche écosystémique est basée sur l'application de méthodologies scientifiques appropriées axées sur les niveaux d'organisation biologique qui englobent les processus, les fonctions et les interactions essentiels entre les organismes et leur environnement. L'approche écosystémique reconnaît que les humains, avec leur diversité culturelle, sont une composante intégrale des écosystèmes.

4.115. *Protéger l'eau.* Les parties doivent examiner attentivement les questions relatives à l'eau, notamment en négociant des dispositions contractuelles qui précisent et limitent les droits sur l'eau accordés à l'investisseur, le cas échéant. Par exemple, l'accès à l'eau et le prélèvement d'eau dans les projets d'agriculture irriguée peuvent être traités comme un droit connexe de l'investisseur (voir la Section I.B.2 ci-dessus), à réexaminer pendant la durée du contrat en fonction des conditions environnementales présentes et futures et des besoins des titulaires de droits fonciers légitimes et des communautés concernées. Les clauses contractuelles doivent calibrer les droits à l'eau de l'investisseur pour s'assurer qu'ils n'interfèrent pas avec l'approvisionnement en eau d'autres groupes ou individus, d'autres activités agricoles et des lieux d'abreuvement des animaux. La législation nationale, ou à défaut le contrat, doit également clarifier la manière dont les droits relatifs à l'eau sont déterminés. En outre, les dispositions contractuelles peuvent également prévoir la réattribution de ces droits lorsque les circonstances l'exigent pendant la mise en œuvre du projet; préciser le type d'eau qui peut être utilisé (par exemple, eau de surface ou souterraine, de rivière ou de mer, etc.); et régir la gestion de la pollution et des rejets pour garantir que, pendant toute la durée des activités, tous les employés et les communautés résidentielles sont approvisionnés en eau potable propre et sûre.

²⁰⁷ Pour plus d'informations, voir le document *Approche par écosystème: les lignes directrices de la Convention sur la diversité biologique*, p. 4.

4.116. *Prévenir la dégradation des sols.* Les parties devraient également examiner les questions relatives au contrôle de la qualité des sols. Par exemple, la rotation des cultures, les pratiques de cultures intercalaires²⁰⁸ et les options agricoles agro-écologiques peuvent conserver et améliorer la biodiversité des sols et prévenir l'érosion des sols. Les questions de désertification doivent également être prises en compte, le cas échéant²⁰⁹.

4.117. *Conserver la biodiversité, prévenir la déforestation et sauvegarder les services écosystémiques.* Des garanties environnementales devraient être établies pour prévenir et minimiser la dégradation, la déforestation et la perte de biodiversité²¹⁰. Alors que certaines terres sont identifiées comme étant propices à l'agriculture, d'autres doivent être protégées en raison de leur haute valeur de conservation (HVC) ou de leur stock de carbone élevé (HCS, sigle en anglais). Le droit national et international de l'environnement définit des zones protégées où les investissements en terres agricoles doivent être évités²¹¹. Des dispositions contractuelles peuvent préciser ces aspects, par exemple par des engagements explicites et mesurables sur la déforestation, et des systèmes efficaces de contrôle et de suivi. Les CITA peuvent également préciser les interdictions d'introduction d'espèces exotiques envahissantes ou les mesures de protection des espèces menacées²¹², selon le cas.

4.118. *Interdiction de certains produits chimiques dans l'agriculture.* Les contrats peuvent également réglementer l'utilisation des produits chimiques dans l'agriculture²¹³. En outre, la biosécurité et l'accès aux ressources génétiques peuvent soulever des questions complexes qui peuvent avoir

²⁰⁸ Pour de plus amples informations, voir: FAO. 2017. Directives volontaires pour la gestion durable des sols.

²⁰⁹ Voir, par exemple: ONU. 1994. Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification (UNCCD).

²¹⁰ FAO. 2012. VGGT, para. 13.6

²¹¹ Voir, par exemple: UNESCO. 1971. Convention relative aux zones humides d'importance internationale; les zones protégées identifiées par l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN); et les réserves de biosphère de l'UNESCO.

²¹² Pour plus d'informations, voir: ONU. 1973. Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (disponible en anglais) et la liste rouge des espèces menacées de l'UICN.

²¹³ FAO. 2014. Code international de conduite pour la distribution et l'utilisation des pesticides (disponible en anglais) peut servir de référence, ainsi que ONU. 2001. Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants et ONU. 1998. Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international.

une incidence directe sur les investissements en terres agricoles²¹⁴. Certains États ont interdit l'utilisation de semences et d'organismes génétiquement modifiés, ainsi que l'utilisation de certains produits chimiques et pesticides, afin de protéger leur biodiversité et d'éviter les risques pour la santé humaine. Les parties devraient adopter l'approche de précaution pour protéger l'environnement chaque fois qu'il existe une suspicion raisonnable de dommage et une incertitude scientifique²¹⁵.

4.119. *Les connaissances traditionnelles*. Les parties devraient envisager des arrangements contractuels qui réitérent l'impératif de respecter et de protéger les connaissances traditionnelles et le patrimoine culturel des détenteurs de droits fonciers légitimes, des communautés locales et des peuples autochtones. Les liens entre la diversité culturelle, la diversité biologique et la durabilité environnementale doivent être dûment pris en compte dans le processus d'élaboration d'un CITA. Les meilleures pratiques s'appuient sur des approches locales adaptées au contexte spécifique; il est donc important que les parties comprennent les systèmes coutumiers de protection de l'environnement utilisés par les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés affectées, ainsi que toute préoccupation ou priorité locale spécifique liée à la biodiversité qui pourrait exiger des parties qu'elles élaborent des obligations de conservation adaptées.

4.120. *Atténuer le changement climatique et s'y adapter*. Les liens entre le changement climatique, les droits de l'homme et l'agriculture doivent être prises en compte lors de la négociation et de la mise en œuvre des CITA. L'augmentation des températures et les phénomènes météorologiques extrêmes (tempêtes et sécheresses, par exemple) provoqués par le changement climatique affectent les cultures et la production animale²¹⁶. L'accord de Paris sur le changement climatique reconnaît le rôle important

²¹⁴ Au-delà du respect des exigences du droit national, les contractants peuvent prendre en considération les exigences de l'ONU. 1992. Convention sur la diversité biologique et du Protocole de Carthagène sur la biosécurité (2000), du Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages (2010) qui y sont liés, ainsi que les dispositions pertinentes du FAO. 2009. Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

²¹⁵ L'importance de l'approche de précaution est reconnue par le Principe 15 de l'ONU. 1992. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, et par de nombreux traités environnementaux.

²¹⁶ Pour plus d'informations, voir Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC). 2019. Changement climatique et terres : Un rapport spécial du GIEC sur le changement climatique, la désertification, la dégradation des terres, la gestion durable des terres, la sécurité alimentaire et les flux de gaz à effet de serre dans les écosystèmes terrestres (disponible en anglais).

de l'agriculture, en particulier pour la gestion directe de "l'utilisation des terres, le changement d'affectation des terres et la foresterie (UTCATF)" ²¹⁷. Les VGGT demandent que le changement climatique soit pleinement pris en compte dans la gouvernance de l'occupation des sols ²¹⁸ et les Principes RAI du CSA reconnaissent explicitement la pertinence de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) pour l'investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires ²¹⁹. Pour ce faire, les parties devraient poursuivre des modèles d'investissement en terres agricoles qui tiennent compte du climat. Lors de l'élaboration des obligations liées au climat, les parties contractantes doivent tenir compte des contributions déterminées au niveau national (CDN) de l'État adoptées dans le cadre de l'accord de Paris, en particulier si le gouvernement est le concédant ²²⁰. Les clauses contractuelles peuvent impliquer, par exemple, l'adoption d'approches agro-écologiques et de pratiques d'élevage sensibles au climat visant à la fois des émissions nettes nulles et/ou la séquestration des émissions de gaz à effet de serre (GES), comme la culture de zones agricoles à fort et long potentiel de séquestration du carbone comme les tourbières et les forêts, un travail du sol faible à nul, des cultures multiples pour réduire l'évapotranspiration et l'érosion des sols, et l'amélioration de la santé et de la fertilité des sols, ainsi qu'une meilleure utilisation des nutriments. Les clauses contractuelles peuvent également porter sur la fourniture d'un soutien technique et le développement des capacités liées aux technologies sensibles au climat et sur l'obligation de réduire, de surveiller et de rendre compte des émissions de GES.

4.121. *Adopter une bonne gestion des déchets.* La gestion des déchets est essentielle pour minimiser la contamination potentielle des ressources naturelles telles que l'eau, le sol et l'air. Pour résoudre ce problème, les parties doivent réglementer la gestion des déchets pendant la durée du projet et ²²¹ développer des approches visant à réduire la consommation et à recycler les matériaux de production.

²¹⁷ ONU. 1992. Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

²¹⁸ FAO. 2012. VGGT, Chapitre 6.

²¹⁹ CSA. 2014. Principes RAI du CSA, Cadre conceptuel p. 9.

²²⁰ FAO. 2020. Agriculture and climate change. Law and governance in support of climate smart agriculture and international climate change goals. FAO Legislative Study 115 (en anglais).

²²¹ ONU. 1989. Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination énumère certains types

4.122. *Surveillance et rapports sur la protection de l'environnement.* La transparence et l'accès à l'information sont essentiels pour une protection efficace de l'environnement. Les parties ont le devoir de coopérer lors du contrôle des obligations contractuelles, y compris en ce qui concerne les obligations environnementales. Le contrôle et la divulgation des informations environnementales peuvent être mis en œuvre par les parties contractantes ainsi que par d'autres, par exemple par le biais de systèmes de certification privés. C'est un devoir et un droit pour le concédant de surveiller les impacts environnementaux ²²². Les parties peuvent convenir au préalable des autorités qui auront ces droits et décider si une notification préalable est nécessaire ²²³. L'adoption d'audits environnementaux est considérée comme une pratique courante et devrait donc être intégrée dans les CITA afin de garantir une surveillance environnementale efficace.

4.123. *Fermeture du projet et restauration de l'environnement.* Les meilleures pratiques consistent à adopter une clause de déclassement, à transférer les obligations environnementales aux nouveaux investisseurs et à stipuler les conditions dans lesquelles le terrain doit être restitué au concédant (voir le Chapitre 6). Des obligations et assurances environnementales, ainsi que des obligations de nettoyage et de replantation peuvent être appliquées. Selon le principe du pollueur-payeur, les investisseurs doivent supporter le coût de la réparation environnementale et si le rétablissement des conditions antérieures n'est pas possible, une obligation d'indemnisation du concédant peut être appliquée.

4.124. *Non-respect des obligations environnementales.* Le non-respect peut constituer une inexécution fondamentale du contrat. Le type de responsabilité juridique environnementale appliqué pour prévenir et réparer les dommages environnementaux dépendra du droit applicable. La relation contractuelle peut être suspendue jusqu'au rétablissement de la conformité, ou les parties peuvent décider de résilier le contrat lorsque, par exemple, l'inexécution d'une obligation environnementale essentielle affecte substantiellement les attentes légitimes de l'une des parties. Le non-respect des obligations environnementales contractuelles peut faire peser la charge de la preuve sur l'investisseur, sur la base du principe de précaution. Les

de déchets qui doivent faire l'objet d'une attention particulière en matière d'élimination.

²²² CSA. 2014. Principes RAI du CSA, paragraphe 50; FAO. 2012. VGGT, para. 12.12.

²²³ C'est une pratique courante dans l'agriculture contractuelle. Voir UNIDROIT/FAO/FIDA. 2015. Guide juridique sur l'agriculture contractuelle, p. 109.

mécanismes non judiciaires, tels que les mécanismes de réclamation environnementale ²²⁴, peuvent fournir des outils pour l'identification et la résolution des problèmes de non-respect des obligations environnementales (voir le Chapitre 7).

IV. LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET L'AUTONOMIE RÉGLEMENTAIRE

4.125. *Introduction.* Les États ont le devoir de protéger les droits de l'homme et de promulguer des règlements qui sont dans l'intérêt du public ²²⁵. Cependant, les investisseurs peuvent être préoccupés par une action publique qui pourrait nuire à leurs activités et exiger des garanties juridiques pour protéger leurs actifs. Selon les circonstances, des tensions peuvent surgir entre la protection des investissements et le devoir de l'État de réglementer dans l'intérêt du public. Ces questions nécessitent une réflexion approfondie, y compris dans le contexte de l'élaboration et de la mise en œuvre du CITA. Étant donné le rôle des gouvernements dans la détermination de la politique d'investissement en général et des protections

²²⁴ Les mécanismes de réclamation qui peuvent être utilisés pour traiter les plaintes en matière d'environnement comprennent, par exemple, au niveau international: le Panel d'inspection de la Banque mondiale, la Société financière internationale (conseiller en conformité - ombudsman) et le point de contact national de l'OCDE.

²²⁵ Voir le Principe 1 des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. ("Les États ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ ou sous leur juridiction. Cela exige l'adoption de mesures appropriées pour empêcher ces atteintes, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires."). Voir également les Principes RAI du CSA, paragraphe 33 ("Les États doivent veiller, dans la mesure du possible, à ce que toutes les mesures relatives à l'investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires, qu'elles soient prises dans le pays ou à l'étranger, soient cohérentes par rapport à leurs obligations existantes découlant du droit national et international, et par rapport aux accords internationaux relatifs au commerce et à l'investissement, et tiennent compte des engagements pris à titre volontaire dans le cadre des instruments régionaux et internationaux applicables. Ils doivent conserver la marge de manœuvre voulue au niveau national pour respecter leurs obligations relatives aux droits de l'homme lorsqu'ils cherchent à réaliser leurs objectifs de politique commerciale avec d'autres États ou avec des entreprises commerciales, par exemple au moyen de traités ou de contrats relatifs aux investissements, conformément aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.").

en particulier, les orientations de cette partie sont orientées vers les CITA entre investisseurs et gouvernements ²²⁶.

4.126. *Contexte.* Les gouvernements peuvent offrir une protection des investissements de trois manières principales. Premièrement, ils peuvent légiférer sur des codes d'investissement nationaux, qui établissent des incitations et des protections pour promouvoir ou faciliter ces investissements. Deuxièmement, ils peuvent conclure des accords internationaux d'investissement (AII), qui offrent des protections aux investisseurs d'un autre État partie à cet accord qui effectuent des investissements sur leur territoire en échange de protections réciproques pour leurs investisseurs qui effectuent des investissements sur le territoire de cet État. Troisièmement, ils peuvent convenir de prévoir certaines protections dans le CITA qu'ils concluent avec l'investisseur. Dans chacun de ces cadres, les gouvernements, ou les parties contractantes dans le cas des CITA, peuvent établir des normes de protection substantielles. De plus, les gouvernements peuvent inclure un consentement à l'arbitrage, donnant ainsi aux investisseurs le droit de porter plainte directement contre eux. En l'absence d'un tel consentement, les investisseurs seraient tributaires d'autres formes de règlement des litiges (voir le Chapitre 7).

4.127. *Compléter le droit applicable et l'importance de l'équilibre.* Bien que les codes d'investissement et les AII s'appliquent à tous les investissements couverts, les parties à un CITA peuvent décider de compléter ces règles par des clauses contractuelles offrant des protections substantielles (par exemple, protection contre l'expropriation, sécurité physique et juridique et consentement à l'arbitrage). L'utilisation de telles clauses doit toutefois être soigneusement étudiée afin de garantir un juste équilibre entre le souhait de l'investisseur de bénéficier d'un environnement juridique prévisible qui rend son investissement plus sûr et la nécessité pour le gouvernement concédant d'agir dans l'intérêt du public, notamment pour protéger les droits de l'homme et la sécurité alimentaire ²²⁷.

4.128. *Plan de la section.* Dans la recherche d'un juste équilibre entre la protection des investissements et l'autonomie réglementaire, trois questions à prendre en compte sont brièvement abordées ci-dessous:

²²⁶ Pour des conseils complets sur la politique d'investissement, voir CNUCED. 2015. Investment Policy Framework for Sustainable Development (en anglais).

²²⁷ Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Principe 9 (appelant les États à "maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme" lors de la négociation de contrats entre investisseurs et États).

(A) l'expropriation; (B) la sécurité physique; et (C) la stabilisation et la sécurité des droits.

A. L'expropriation

4.129. *En général.* Les gouvernements ont le droit, dans certaines circonstances, d'exproprier (c'est-à-dire de s'approprier) des biens. Comme indiqué au Chapitre 3, alors que les VGGT découragent l'expropriation, les gouvernements peuvent exproprier des droits fonciers afin de pouvoir les accorder à des investisseurs pour un projet d'investissement. Cependant, cette section traite des protections dont disposent les investisseurs contre l'expropriation de leur investissement. Elle traite de ce qui peut être couvert par ces protections, de la manière dont l'expropriation est définie à cet égard, ainsi que des conditions d'expropriation légale et d'indemnisation.

4.130. *Définition.* La définition d'une expropriation et les investissements couverts par une protection contre l'expropriation varient selon les codes d'investissement, les AII et les CITA. La définition est particulièrement importante car les litiges surviennent non seulement dans les situations où le gouvernement acquiert formellement les droits de de l'investissement (c'est-à-dire l'expropriation directe), mais aussi dans les situations où le gouvernement est accusé d'avoir porté atteinte aux droits d'un investisseur sans acquérir formellement les droits de l'investissement (c'est-à-dire l'expropriation indirecte ou la prise réglementaire). La plupart des AII font référence à l'expropriation indirecte (par exemple en couvrant ce que l'on appelle fréquemment des mesures équivalant à l'expropriation ou similaires) mais, même lorsqu'ils sont expressément inclus, il peut être difficile de déterminer si une expropriation indirecte a eu lieu, et les conséquences peuvent être importantes. De nombreux AII précisent également que les contrats, ou les droits qui en découlent, tels qu'un CITA, sont des investissements couverts et peuvent donc faire l'objet d'une expropriation. La détermination que la promulgation d'une loi ou d'un règlement pour des objectifs légitimes de politique publique (par exemple, l'environnement ou la santé publique) constitue une appropriation d'investissement, et donc que les autorités doivent indemniser les investisseurs affectés, peut avoir des implications de grande portée sur la capacité des États à réglementer dans l'intérêt public. Pour les investisseurs, le fait de déterminer que le texte ne constitue pas une appropriation signifie qu'ils n'ont généralement pas droit à une indemnisation.

4.131. *Circonstances.* Tout manquement d'un gouvernement concédant à certaines obligations d'un CITA n'équivaut pas à une expropriation. De même, toute action gouvernementale qui affecte un contrat d'investissement entre un investisseur étranger et une communauté locale ne constitue pas une expropriation. Les gouvernements peuvent exercer leur droit d'expropriation en toute légalité lorsqu'ils remplissent certains critères. En général, l'expropriation doit être faite pour un but public, sur une base non discriminatoire et avec le paiement d'une indemnisation prompte, adéquate et effective ²²⁸.

4.132. *Normes d'indemnisation.* Les normes d'indemnisation peuvent varier en fonction du traité ou du droit applicable, mais une mesure courante dans les AII est celle de l'indemnisation "prompte, adéquate et effective". Les exigences d'une indemnisation "prompte" et "effective" – à verser respectivement sans retard injustifié et dans une monnaie convertible – sont généralement sans controverse. La détermination de l'indemnisation "adéquate" est néanmoins plus difficile. Les traités internationaux d'investissement exigent généralement la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, mais il existe différentes méthodes pour déterminer cette valeur (par exemple, la méthode des flux de trésorerie actualisés, la valeur comptable, la valeur de remplacement). Le choix de la méthode la plus appropriée dépend des circonstances particulières ²²⁹.

4.133. *Clauses contractuelles.* Certains CITA comportent des clauses qui traitent de l'expropriation. Les investisseurs peuvent particulièrement apprécier ces clauses en l'absence d'un AII applicable comportant des protections contre l'expropriation, ou lorsque les dispositions sont jugées insuffisantes d'une manière ou d'une autre. Lorsque le contrat comporte une clause d'expropriation, il doit préciser, si nécessaire, la couverture, la définition, les circonstances et la norme d'indemnisation, tout en visant à équilibrer la protection de l'investisseur et l'espace réglementaire du gouvernement concédant.

²²⁸ CNUCED. 2012. Expropriation – a Sequel. Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II.

²²⁹ FAO. 2017. Guides techniques pour la gouvernance des régimes fonciers N° 11 (en anglais), p. 67-71.

B. La sécurité physique

4.134. *En général.* La sécurité physique des investissements en terres agricoles consiste généralement à protéger les opérations de l'investissement contre le vol, la destruction des biens, les occupations, la violence envers le personnel ou d'autres menaces. Elle peut impliquer des engagements de la part du gouvernement à fournir une sécurité adéquate pour l'investissement, ou bien elle peut permettre à l'investisseur d'engager des agents de sécurité pour surveiller les lieux.

4.135. *Clauses de sécurité.* Les clauses contractuelles sur la sécurité physique peuvent définir une série d'activités de sécurité, notamment les exigences en matière d'embauche et de formation pour toute sécurité engagée par l'investisseur, les exigences en matière de rapports et de surveillance, et les exigences en matière de coordination avec les forces de l'ordre locales. Elles doivent inclure une exigence positive d'adhésion aux Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme, qui ont été élaborés par certains gouvernements, entreprises du secteur privé et groupes de la société civile pour aider les entreprises à assurer la sûreté et la sécurité de leurs opérations tout en respectant les droits de l'homme ²³⁰.

4.136. *Considérations.* Ces questions doivent être soigneusement examinées et les clauses soigneusement rédigées afin d'éviter et d'atténuer tout risque lié aux droits de l'homme et de remédier à tout abus et détournement qui pourrait se produire, notamment par le biais d'un mécanisme de réclamation crédible (voir le Chapitre 7). En règle générale, un investissement agricole responsable ne devrait pas nécessiter de mesures de sécurité autres que celles habituellement prévues par le gouvernement: la nécessité d'une "militarisation" par le biais de mesures de sécurité étendues peut être un signal d'alarme indiquant que le contexte local n'est pas propice ou favorable à l'investissement proposé.

C. Stabilisation et sécurité des droits

4.137. *En général.* Pour atténuer le risque d'une action unilatérale arbitraire, les investisseurs ont parfois cherché à négocier des clauses contractuelles qui assurent la stabilité à long terme du droit applicable et la sécurité de leurs droits. La formulation de ces "clauses de stabilisation" est très variable. Certaines clauses visent à "geler" le droit applicable aux normes en vigueur à un moment donné, en excluant l'application d'une

²³⁰

Voir ONU. 1999. Déclaration sur les défenseurs des droits de l'homme.

législation ultérieure. D'autre part, les clauses d'équilibre économique lient les changements défavorables de la loi à l'exigence que le concédant rétablisse l'équilibre économique du contrat – par exemple, par la renégociation du contrat ou éventuellement le paiement d'une indemnité. Les clauses hybrides combinent à la fois des éléments de gel et d'équilibre économique.

4.138. *Préoccupations concernant les clauses de stabilisation.* Des inquiétudes ont été exprimées quant au fait que les clauses de stabilisation pourraient entraver la mise en œuvre par un gouvernement de mesures sociales, environnementales ou économiques méritoires. Des règles plus strictes en matière de consultation communautaire, de droits de l'homme, de relations de travail, de santé et de sécurité, et de protection de l'environnement – pour ne citer que quelques exemples potentiellement pertinents – pourraient nuire aux investissements et déclencher l'application des clauses de stabilisation. La crainte est que les États doivent exempter les projets des nouvelles mesures; sinon, si les États doivent supporter les coûts engendrés par ces mesures, ils pourraient être découragés d'agir en premier lieu, en particulier lorsque les finances publiques sont en difficulté.

4.139. *Clauses de stabilisation non nécessaires.* Étant donné qu'elles soulèvent une foule de questions sensibles, les clauses de stabilisation ne devraient pas être automatiquement incluses dans un CITA. Si un investisseur souhaite obtenir un engagement de stabilisation, il doit être invité à en démontrer la nécessité, et le gouvernement doit sérieusement examiner s'il peut apaiser les inquiétudes des investisseurs par d'autres moyens. Les parties peuvent explorer d'autres moyens d'atténuer le risque réglementaire, tels que l'assurance et la participation de prêteurs multilatéraux. Si un concédants accepte de prendre un engagement de stabilisation, il peut chercher à compenser le risque réglementaire réduit pour l'investisseur par des avantages économiques plus importants, par exemple sous la forme de recettes publiques plus importantes.

4.140. *Clause d'équilibre économique flexible.* Les diverses formes de clauses de stabilisation ont des implications différentes. Les clauses de stabilisation sont particulièrement rigides, et leur applicabilité peut être douteuse dans certains systèmes juridiques nationaux. Pour ces raisons, la pratique contractuelle a eu tendance à s'orienter vers les clauses d'équilibre économique plus souples. La formulation de tout engagement de stabilisation doit être correctement circonscrite et les actions d'intérêt public en matière sociale et environnementale ne doivent pas être couvertes. Une

annexe aux Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme contient un ensemble de principes pour des contrats responsables, qui fournissent des orientations plus détaillées sur l'espace réglementaire et les clauses de stabilisation. Ils précisent que : "les clauses contractuelles de stabilisation doivent être rédigées soigneusement de sorte que toute protection des investisseurs contre les modifications ultérieures de la législation ne porte pas atteinte aux efforts déployés de bonne foi par l'État pour appliquer des lois, des réglementations ou des politiques de manière non discriminatoire afin d'honorer ses engagements dans le domaine des droits de l'homme"²³¹. De plus, la durée des clauses de stabilisation devrait également être limitée à ce qui est réellement nécessaire – par exemple pour permettre à l'investisseur de recouvrer ses coûts et de générer un niveau minimum de rendement, ou pour rassurer les prêteurs pendant la durée de leurs prêts – plutôt que d'être laissée ouverte.

V. LA MISE EN ŒUVRE ET LE SUIVI

4.141. *Introduction.* Les CITA bien équilibrés et les projets d'investissement responsable et durable impliquent des relations à long terme entre les parties elles-mêmes et avec les parties prenantes. En effet, selon les circonstances, l'investisseur peut avoir besoin de temps pour développer le projet, recouvrer les coûts et générer des rendements. Les dispositions contractuelles doivent être mises en œuvre et contrôlées pendant toute la durée du projet, et les informations sur le projet doivent être partagées entre les parties et avec les parties prenantes. Par ailleurs, des circonstances externes telles que les prix des matières premières peuvent changer de manière significative pendant la durée du projet, et l'entreprise elle-même peut connaître différentes phases dans les opportunités et les défis auxquels elle est confrontée.

4.142. *Prendre des dispositions et coopérer.* Les parties doivent donc envisager et définir dans des dispositions contractuelles les modalités de gestion de leurs relations pendant toute la durée du projet. Il s'agit notamment d'assurer la bonne mise en œuvre par le suivi des obligations des parties et des impacts permanents du projet (par exemple, par des évaluations d'impact actualisées), les exigences en matière de rapports et le réexamen périodique des obligations des parties à la lumière de

²³¹ ONU. 2015. Principes pour des contrats responsables, Principe 4.

l'évolution des circonstances. À cette fin, il est essentiel que chaque partie contractante coopère avec les autres pendant toute la durée du contrat ²³².

4.143. *Importance de la communication ouverte.* Le contrat doit identifier les dispositions visant à faciliter la communication entre les parties, ainsi qu'entre les parties et les communautés locales, allant de simples clauses qui fournissent les points de contact respectifs des parties à des dispositions plus structurées, par exemple constituant des comités conjoints. Étant donné qu'un manque de communication entre les parties peut entraîner une rupture des relations, les parties doivent veiller à ce que des canaux de communication clairs existent entre les personnes concernées, notamment pour le partage des rapports et autres informations et pour la discussion des préoccupations et des réclamations (voir le Chapitre 7). Les options comprennent des dispositions contractuelles définissant: les points de contact, les plans de communication qui précisent les processus de partage des informations, et les comités communautaires, qui remplissent diverses fonctions liées au partage des informations et à l'examen des plaintes et des réclamations. En établissant des plans de communication et des comités communautaires, les parties doivent prendre des mesures pour s'assurer que les femmes, les jeunes et les autres membres de la communauté qui ne sont pas normalement impliqués dans ces discussions puissent accéder à l'information et participer.

4.144. *Plan de la section.* Afin d'aider les parties à examiner et à régler ces questions, la présente partie couvre (A) les principales questions de mise en œuvre, notamment les assurances, les garanties de bonne exécution, les garanties de performance environnementale, ainsi que (B) les avis et les examens périodiques, et donne un aperçu du suivi, y compris des modalités de suivi et de l'importance de la transparence et de l'établissement de rapports.

A. La mise en œuvre

4.145. *Introduction.* Les questions de conformité, de notification et de suivi de l'exécution du contrat sont, tout comme la transparence et l'établissement de rapports, importants pour la réussite d'un projet d'investissement. La présente section aborde brièvement certaines questions clés en matière de conformité – notamment (1) les permis et

²³² Voir, par exemple, Principes d'UNIDROIT, article 5.1.3 (qui prévoit que "[l]es parties ont entre elles un devoir de coopération lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations" et fournit un commentaire entre les parties dans le contexte des contrats à long terme).

licences, (2) les assurances, (3) les garanties de bonne exécution, (4) les garanties de bonne exécution environnementale, et aborde des aspects importants liés à (5) la relation continue entre les parties, en particulier les notifications et l'examen périodique du contrat et de son exécution.

1. Permis et licences

4.146. *En général.* Les permis ou licences, qui autorisent un projet d'investissement particulier, sont généralement exigés par le droit national, avant la formation ou la mise en œuvre du contrat, et peuvent être réadmis comme une obligation contractuelle que les parties sont appelées à respecter pendant toute la durée de l'exploitation de l'investissement (voir le Chapitre 3.V.B concernant les conditions préalables). Comme décrit précédemment dans le présent Guide, ceux-ci sont généralement accordés par des autorités publiques (par exemple, les ministères de l'agriculture ou de l'environnement) et peuvent être exigées à divers titres, notamment pour certaines activités agricoles, pour l'utilisation de ressources naturelles, la construction d'installations ou d'infrastructures et pour des impacts environnementaux (voir le Chapitre 3.IV.A).

4.147. *Clauses contractuelles, coordination et délivrance.* Lors de l'évaluation du cadre juridique (voir le Chapitre 1), les parties doivent identifier les autorisations nécessaires à l'établissement ou au fonctionnement du projet d'investissement. Par souci de clarté, cette identification doit être faite expressément dans le contrat, notamment en énumérant celles qui pourraient être une condition à l'établissement du projet (voir le Chapitre 3.V.B concernant les conditions). Lorsque le gouvernement est le concédant, le contrat peut indiquer les cas dans lesquels le gouvernement peut suspendre les permis ou licences concernés, par exemple lorsqu'il existe un risque important de dommage à l'environnement. Si le gouvernement n'est pas le concédant, les parties doivent se coordonner avec les fonctionnaires du gouvernement afin de s'assurer que toutes les dispositions contractuelles à cet égard sont conformes au droit national et de comprendre et finalement de satisfaire toutes les exigences. Les gouvernements doivent veiller à ce que, lorsque les conditions nécessaires sont remplies, les permis ou licences soient délivrés et renouvelés en temps utile et ne soient pas refusés de manière injustifiée.

2. Assurances

4.148. *En général.* Les assurances peuvent jouer un rôle important en atténuant de nombreux risques du projet, en couvrant des risques tels que l'incendie, le vol, la maladie ou les catastrophes naturelles, les dommages aux biens ou les blessures aux personnes, et la vie ou la santé des employés de l'investissement. Certains États peuvent rendre obligatoire une couverture d'assurance particulière pour les parties, et les CITA et les accords connexes peuvent contenir des obligations spécifiques à cet égard.

4.149. *Disposition.* Les produits d'assurance sont généralement fournis par des entités privées mais peuvent également être proposés par de grandes entités coopératives ou mutuelles, ce qui peut rendre l'assurance plus abordable. Il existe également dans certains États des dispositifs publics, qui prévoient des mécanismes de garantie aux services d'assurances privées ou qui subventionnent une couverture d'assurance minimale, généralement en la liant au crédit accordé dans le cadre de programmes publics. Au-delà des régimes d'assurance, les grandes catastrophes naturelles peuvent être couvertes par des interventions spéciales de l'État offrant un certain niveau de compensation pour les pertes agricoles.

4.150. *Clauses contractuelles.* Certains contrats peuvent prévoir des obligations d'assurance. Dans ce cas, le contrat doit préciser quelle partie a l'obligation d'obtenir une assurance et indiquer le type d'assurance à souscrire. Le simple fait d'obliger une partie à souscrire une assurance, sans autre précision (par exemple, en exigeant simplement la souscription d'une "assurance adéquate"), peut ne pas garantir la couverture nécessaire. Les clauses d'assurance devraient au moins indiquer les principales exigences minimales de couverture, telles que les risques à assurer (par exemple, incendie, vol, maladie ou grêle) et les montants à couvrir. Pour l'assurance responsabilité civile, le contrat doit préciser les limites minimales de garantie et, pour l'assurance vie, le montant à couvrir. Il faut veiller tout particulièrement à vérifier que la clause d'assurance est conforme aux exigences du droit applicable.

3. Garanties de bonne exécution

4.151. *En général.* Dans tout projet important, y compris les investissements en terres agricoles, les parties cherchent à obtenir l'assurance que la contrepartie remplira ses obligations contractuelles et, dans le cas contraire, qu'elles ne subiront pas de pertes. Les garanties de bonne exécution sont couramment utilisées pour traiter ces questions dans les projets de construction et d'infrastructure.

4.152. *Types.* Il existe deux principaux types de garanties de bonne exécution – (i) les garanties financières d'exécution et (ii) les garanties de bonne exécution – bien qu'elles varient d'un investissement à l'autre. Premièrement, dans le cas des garanties financières d'exécution, le garant (par exemple, une institution financière) s'engage à verser au gouvernement ou à l'autorité compétente une somme d'argent déterminée et limitée pour couvrir les pertes subies en raison de l'inexécution de l'investisseur. Une telle garantie peut prendre la forme d'un contrat, d'une lettre de crédit stand-by ou d'une garantie à première demande. Deuxièmement, pour les garanties de bonne exécution, le garant peut soit (i) rectifier ou compléter l'exécution lui-même (par exemple, réparer ou finir une route qui a été mal construite ou pas du tout); soit (ii) s'organiser pour qu'un autre entrepreneur le fasse et ensuite compenser les pertes causées par l'inexécution de l'entrepreneur initial. Le garant se réserve toutefois le droit de s'acquitter de ses obligations par le seul paiement d'une somme d'argent ²³³.

4.153. *Applicabilité potentielle.* Les garanties de bonne exécution sont généralement utilisées dans les projets de construction et d'infrastructure à grande échelle, et non dans les CITA. Les investissements agricoles sont à long terme, et il faut souvent au moins dix ans pour en tirer un quelconque profit, alors que de nombreux projets d'infrastructure peuvent être achevés dans ce laps de temps. Les garanties de bonne exécution peuvent néanmoins être utiles pour encourager les investisseurs à se conformer à un CITA, car l'obligation de rembourser la garantie à l'institution financière incite fortement l'investisseur à respecter ses obligations. Par conséquent, si les parties entretiennent une relation transparente et coopérative, une garantie de bonne exécution peut être un mécanisme approprié pour promouvoir le respect des obligations et pourrait être envisagée pour la mise en œuvre du projet.

4. Garanties de bonne exécution environnementale

4.154. *En général.* Les garanties de bonne exécution environnementale, ou garanties d'impact environnemental, sont un arrangement par lequel les investisseurs financent des projets environnementaux, et les gouvernements ou d'autres financiers (par exemple l'agence de

²³³ En outre, la garantie de maintenance est une variante de la garantie d'exécution. Elle protège contre les défaillances futures pendant les phases de démarrage ou de maintenance d'un projet et garantit que le contractant effectuera les réparations ou les travaux de maintenance nécessaires pendant la période suivant l'achèvement du projet.

développement) remboursent ce financement à la condition que le bénéfice proposé soit atteint. Ces obligations sont donc similaires à un contrat de paiement à la performance, l'investisseur assumant le risque. Théoriquement, ce mécanisme crée une forte incitation à suivre l'avancement du projet et à s'assurer que les obligations sont respectées. Il encourage également la transparence de la part de l'investisseur, qui cherche à s'assurer qu'il a effectivement atteint les résultats du projet afin d'obtenir le remboursement de son emprunt.

4.155. *Applicabilité potentielle.* Les garanties de bonne exécution environnementale peuvent mériter d'être prises en considération par les parties impliquées dans les CITA car elles peuvent établir des objectifs, un calendrier et des récompenses financières claires pour le respect d'objectifs environnementaux spécifiés, tant pour le développement d'un projet que pour la conservation ou la clôture du projet. Compte tenu de l'orientation à court terme et des mesures quantifiables et techniques du succès, ces garanties peuvent être inappropriées pour traiter des problèmes environnementaux à plus long terme (par exemple la pollution de l'eau par diverses sources).

4.156. *Adaptation aux CITA.* Le modèle de garantie de bonne exécution environnementale peut être adapté aux CITA, ce qui favorise le suivi et la mise en œuvre. Les investisseurs et les gouvernements pourraient par exemple convenir que certains avantages peuvent être obtenus par l'investisseur (par exemple, des parcelles de terre supplémentaires, un avantage fiscal) pour chaque objectif environnemental spécifique atteint (par exemple, la réhabilitation des habitats de la faune et de la flore sauvages, la réduction du ruissellement des engrais et des pesticides dans les sources d'eau). Si l'investisseur n'atteint pas l'objectif dans le délai imparti, il peut être contraint de restituer certaines parcelles de terrain ou de commencer à payer une taxe dont il était auparavant exonéré. Les objectifs et les récompenses spécifiques qui sont délivrés sur des périodes de temps déterminés sont plus susceptibles d'inciter les investisseurs à faire preuve de transparence dans leurs efforts, et pour toutes les parties à contrôler et à respecter leurs obligations contractuelles.

5. Notification et examen périodique

4.157. *Notification.* Une communication ouverte et continue est essentielle à la réussite du projet d'investissement. Une clause de notification précise la manière dont les parties doivent communiquer formellement, généralement par écrit. Cette disposition est liée à des obligations

particulières du contrat pour lesquelles une notification, dans certaines circonstances, peut être requise. La notification peut être exigée, par exemple, en relation avec les clauses d'option concernant des terres supplémentaires (voir le Chapitre 4.I.A), les clauses de renouvellement concernant la prolongation du contrat (voir le Chapitre 4.I.D), les excuses pour inexécution (voir le Chapitre 5.II), le droit de remédier à l'inexécution (voir le Chapitre 5.III.B), la résiliation (voir le Chapitre 5.III.B.4) et les litiges (voir le Chapitre 7).

4.158. *Examen périodique.* Pour s'assurer que les termes du contrat restent pertinents et appropriés à la lumière de l'évolution du contexte économique, les parties doivent envisager des révisions ou des renégociations périodiques des termes et établir la procédure de ces révisions et renégociations dans le contrat. Les clauses de révision périodique doivent préciser: le calendrier (par exemple tous les cinq ans); le champ d'application, qui peut être général ou limité à des clauses spécifiques (par exemple les frais de location) et les modalités pratiques permettant aux parties de réviser conjointement les conditions du contrat. Un exemple serait les clauses prévoyant l'ajustement périodique des frais de location de terrains à la lumière de l'évolution des circonstances. Les clauses les plus efficaces prévoient des dispositions pour les situations où les parties ne parviennent pas s'entendre sur les révisions.

4.159. *Modifications et renégociations.* Dans le cadre des révisions périodiques, les parties devraient envisager de préciser une procédure dans le contrat pour permettre sa modification en fonction des résultats de ces révisions et de l'accord des parties. Une telle procédure pourrait accélérer les renégociations (voir le Chapitre 5.III.B.3) et renforcer la stabilité et la durabilité.

B. Le suivi

4.160. *En général.* Des problèmes peuvent survenir, même dans le cadre d'un contrat parfaitement rédigé, si les parties ne contrôlent pas son exécution, ce qui implique d'évaluer le respect par les parties des obligations contractuelles et de toute loi applicable, ainsi que les impacts du projet. Le suivi est essentiel pour garantir qu'un CITA et tout accord connexe aboutissent à un projet réussi tant pour l'investisseur que pour le concédants et que les bénéfices escomptés de l'investissement soient réalisés, y compris pour les éventuels titulaires de droits fonciers légitimes et les communautés locales. Le suivi est toutefois un exercice complexe et difficile, car il peut prendre beaucoup de temps et se dérouler sur une

longue période. La présente section décrit (1) les accords généraux de suivi (par exemple le contenu, les méthodes et les personnes concernées) afin d'améliorer le suivi des contrats et (2) l'importance de la transparence et de l'établissement de rapports dans le cadre de ces modalités.

1. Accords

4.161. *Objet des activités de suivi.* En général, de nombreuses questions peuvent faire l'objet d'un suivi. Le suivi est lié aux différentes obligations et aux indicateurs clés de performance définis dans le contrat, ainsi qu'aux éventuels impacts sociaux et environnementaux, qui peuvent être liés aux évaluations d'impact et aux plans d'atténuation qui ont été initialement réalisés et établis, respectivement (voir le Chapitre 3). Le suivi vise le respect non seulement du cadre réglementaire général, mais aussi des obligations spécifiques du contrat, ainsi que de tout accord connexe, telles que:

- l'obligation du concédant d'accorder les droits fonciers et les droits connexes aux investisseurs, ainsi que l'obligation de l'investisseur de respecter tous les droits retenus ou réservés pour assurer un accès continu aux communautés locales, de protéger les ressources naturelles et, le cas échéant, d'entretenir ou de payer des redevances pour les infrastructures existantes ou pour construire de nouvelles infrastructures;
- les obligations en matière de développement de projets et d'exploitation des terres, qui peuvent comporter des objectifs et des délais particuliers;
- les obligations monétaires, telles que les paiements, la participation aux bénéfices et la capitalisation;
- les obligations sociales, notamment en ce qui concerne la création d'emplois et les droits du travail; le contenu local et la transformation; l'agriculture contractuelle, les cultivateurs sous-traitants et les relations avec la chaîne d'approvisionnement; les fonds de développement communautaire et l'infrastructure sociale, y compris les aspects liés au genre et autres critères de différenciation;
- les obligations environnementales, notamment pour protéger l'eau, prévenir la dégradation des sols, conserver la biodiversité, atténuer le changement climatique et s'y adapter, et gérer les déchets; et

- les obligations de sécurité physique, à la fois pour protéger l'investissement et pour garantir que tout arrangement n'ait pas d'impact négatif sur les titulaires de droits fonciers légitimes et les communautés locales.

4.162. *Méthodes et normes.* Il existe différentes méthodes pour contrôler le respect des normes et pour collecter les données requises: elles peuvent être réalisées par l'investisseur, le gouvernement, un auditeur indépendant ou une organisation locale. Pour faciliter le suivi et l'application du contrat, les parties doivent veiller à ce que le contrat définisse clairement les méthodes à utiliser pour chaque obligation, ainsi que les indicateurs ou autres aspects à surveiller²³⁴. Pour certains indicateurs, les parties devraient envisager d'adopter des normes de certification émises par des organismes de certification – entités publiques ou privées – qui pourraient être impliqués dans le suivi.

4.163. *Autosurveillance des investisseurs.* Que ce soit en vertu du droit national ou du CITA, les investisseurs doivent être tenus de s'auto-surveiller et de faire des rapports sur certaines questions dans un délai convenu. Les outils d'autocontrôle mis en place peuvent inclure l'invitation de tiers indépendants à évaluer le niveau de conformité, ainsi que les risques éventuels et l'exposition à la conformité.

4.164. *Suivi par le concédant.* Lorsqu'il agit en tant que concédant, le gouvernement peut subordonner le contrat ou son renouvellement au respect de ses obligations par l'investisseur. Cela signifie que si un investisseur ne remplit pas une obligation, les pouvoirs publics peuvent être en droit de demander réparation (voir le Chapitre 5). Même lorsque le gouvernement n'est pas le concédant, il peut avoir la responsabilité de surveiller le projet conformément au cadre juridique applicable par le biais de la législation et des règlements d'application. Cependant, le suivi n'est pas une tâche facile pour de nombreux gouvernements ou communautés locales, car le temps et les ressources nécessaires à un suivi adéquat peuvent être importants. Un autre défi peut se poser en raison de l'approche fragmentée et sectorielle du suivi, qui peut impliquer divers ministères et organismes gouvernementaux (par exemple, le foncier, l'environnement, l'agriculture), chacun ayant son propre domaine d'intérêt et ses propres responsabilités. Dans ces cas, s'il peut être difficile d'assurer une surveillance consolidée de tous les aspects du projet, il est essentiel que la

²³⁴ FAO. 2015. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N° 4, p. 71 (identifiant la documentation possible pour la surveillance et la notification), *id.* p. 72 tableau 7 (montrant la documentation pour la surveillance et la notification).

surveillance soit effectuée de manière coordonnée afin de permettre au projet de se dérouler avec un minimum d'interférences.

4.165. *Suivi indépendant.* Le contrôle des investisseurs et des concédants comporte des risques, notamment l'absence ou l'excès de rapports et le manque de ressources, respectivement. Le suivi indépendant (c'est-à-dire par un tiers) est donc considéré comme une bonne pratique. En conséquence, les parties devraient envisager, en fonction de la taille du projet, de confier le contrôle des obligations clés à un auditeur indépendant ou une organisation locale neutre, telle qu'une organisation de la société civile. Les coûts de ce contrôle pourraient être envisagés par les parties lors de la négociation du contrat, et une possibilité pourrait consister à mettre de côté un pourcentage déterminé des recettes du projet.

2. Rapports et transparence

4.166. *Introduction.* Un suivi efficace est impossible sans une transparence et une information suffisante. Il s'agit d'outils essentiels dans le domaine des investissements pour la lutte contre la corruption et la protection des droits de l'homme, qui s'inscrivent dans une tendance croissante vers une plus grande transparence des entreprises en général et de ces types d'investissements en particulier. Étant donné les enjeux et les répercussions possibles des projets d'investissement agricole, la préparation et le partage des rapports peuvent être essentiels à la réussite d'un projet responsable et durable.

4.167. *Contexte.* Les CITA peuvent avoir un impact significatif sur le public, en particulier sur les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales. Ils peuvent apporter des avantages aux communautés locales, mais peuvent également avoir des effets négatifs, en privant les gens de leurs droits fonciers ou en causant des dommages à l'environnement (par exemple la dégradation des sols due à une agriculture excessive). Il est essentiel de surveiller le respect des règles et les impacts si l'on veut que les acteurs concernés puissent prendre des mesures correctives. Il est également important que le grand public soit informé de la manière dont les entreprises commerciales fonctionnent afin que les parties répondent de leurs activités.

4.168. *Plan de la section.* La présente section examine les questions liées à la transparence et à l'établissement de rapports concernant (a) les investisseurs et les (b) concédants. Elle se termine par une brève discussion sur (c) les informations confidentielles, qui peuvent être protégées contre

la divulgation (par exemple par la suppression de ces informations dans les documents).

a) Investisseurs

4.169. *En général.* Les obligations de déclaration pour les investisseurs peuvent être prévues par la législation nationale et, dans le cas d'investissements étrangers, par la législation de l'État d'origine de l'investisseur. Les parties doivent connaître les obligations de l'investisseur en matière d'information en vertu de la loi applicable, ainsi que toute autre spécification, et éventuellement y faire référence dans le contrat. Le concédant doit être clair sur ce qui est précisément requis et attendu, y compris les types de rapports et les normes applicables.

4.170. *Rapports en général.* Les rapports doivent être accessibles, compréhensibles et présentés sans retard injustifié, conformément au droit et au contrat applicables. Bien que les informations fournies doivent être complètes, les parties doivent éviter de publier des rapports inutilement longs qui finissent par obscurcir les informations pertinentes et pourraient constituer une entrave délibérée à la transparence et aux obligations en matière de rapports.

4.171. *Rapports sur les obligations financières et non financières.* L'investisseur doit être responsable de la tenue d'une comptabilité précise conformément aux normes internationales d'information financière (par exemple les normes internationales d'information financière (IFRS), le cas échéant), dans un bureau situé à proximité de la zone d'investissement ou dans l'État dans lequel cette zone est située. Les investisseurs sont habituellement chargés de fournir au concédant des états financiers vérifiés, généralement aux frais de l'investisseur. Les investisseurs doivent également se conformer à des normes d'information non financière conformes au droit national et aux normes internationales – telle que la norme ISO 26000, qui fournit des orientations sur la responsabilité sociale.

4.172. *Rapports périodiques.* L'investisseur doit également être responsable de la préparation et de la fourniture de rapports d'activité à des intervalles précis (par exemple, une ou deux fois par an) qui présentent des résumés des informations clés concernant le projet. Les rapports d'activité pourraient porter, entre autres, sur les opérations du projet (par exemple, les quantités produites, la superficie plantée, les mises à jour et les calendriers de développement), l'indemnisation versée au concédant et, le cas échéant, aux titulaires de droits fonciers légitimes et aux communautés locales, et tout impact social ou environnemental, ainsi que toute mesure

d'atténuation prise (par exemple, la consommation d'eau). Les parties peuvent convenir dans le contrat de normes de rapport pour des questions particulières, telles que la responsabilité sociale ou la durabilité, ainsi que de la nécessité d'obtenir des certifications convenues.

4.173. *Mise à disposition des rapports et des informations connexes.* Si les rapports doivent être partagés entre les parties, celles-ci doivent également examiner quels rapports et informations connexes doivent être mis à disposition de manière plus générale. Outre la divulgation du CITA et de tout accord connexe dans le cadre de la négociation et de la formation du contrat (voir le Chapitre 3.V), les parties devraient inclure une clause contractuelle rendant certains documents (par exemple, les évaluations d'impact et les plans de gestion; les rapports d'activité) accessibles au public et ouverts à l'inspection (par exemple, dans un bureau accessible ou en ligne)²³⁵, sous réserve de la protection des informations confidentielles. En plus de cette divulgation, les parties pourraient veiller à ce que ces documents (ou des résumés de ceux-ci) soient également mis à disposition dans les langues locales et à ce que des réunions régulières continuent d'être organisées avec les communautés locales et d'autres parties prenantes afin de faciliter un engagement et un partage d'informations permanents.

b) Concédants

4.174. *En général.* Les concédants jouent un rôle clé pour assurer la transparence des CITA et des projets connexes. Ils doivent s'assurer que les informations relatives à l'établissement et aux opérations de l'investissement sont disponibles pour les investisseurs, les détenteurs de droits fonciers légitimes et toute communauté locale susceptible d'être concernée.

4.175. *Investisseurs.* Pour garantir la transparence des concédants vis-à-vis des investisseurs, les premiers doivent communiquer avec précision les informations pertinentes dans un format accessible. Pour les gouvernements et les communautés locales, cela inclut les changements concernant le domaine d'investissement (par exemple, changement de titre, constatations environnementales, conflit, projets d'infrastructure

²³⁵ Voir CNUCED, Banque mondiale. 2018. CSA-RAI Public Transparency. Responsible Agricultural Investment (RAI) Knowledge into Action Notes, n° RAI-KN 10 (en anglais), p. 3, tableau 1 (contenant une liste de documents qui pourraient être classés comme privés entre les parties et comme publics).

pouvant affecter le terrain). Pour les gouvernements en particulier, ces informations comprennent également:

- les lois pertinentes (par exemple, en matière immobilière, commerciale, les procédures d'appel d'offres et de passation de marchés, le droit des contrats, les droits autochtones, les traités internationaux en vigueur)²³⁶; et qui peuvent être mises à disposition sur le site internet du gouvernement
- des informations budgétaires précises (par exemple, un budget annuel, la publication de la balance des paiements, la dette publique, la notation de crédit, les actifs de l'État), qui peuvent être compilées conformément aux normes comptables publiques pertinentes et également mises à disposition sur le site internet du gouvernement.

4.176. *Titulaires de droits fonciers légitimes, collectivités locales et grand public.* Les concédants devraient demander d'inclure une clause contractuelle rendant disponibles certains rapports et informations connexes, sous réserve de la protection des informations confidentielles. En outre, les gouvernements concédants, en particulier, peuvent garantir que les communautés locales et le grand public aient accès aux informations pertinentes concernant le projet d'investissement en établissant, dans le droit national, des exigences claires pour la divulgation des rapports et des informations connexes. De plus, étant donné que différents niveaux de gouvernement peuvent être responsables du contrôle de différents aspects du projet d'investissement, il est important de veiller à ce que les titulaires de droits fonciers légitimes, les communautés locales et le grand public aient accès aux informations pertinentes à ces différents niveaux.

4.177. *Mécanismes de partage de l'information.* Divers mécanismes peuvent être utilisés par les concédants pour mettre des informations à la disposition des investisseurs et du grand public, tels que des réunions, des sites internet et des médias. Le gouvernement, par exemple, peut mettre des informations à disposition sur son site Internet et les tenir à jour, faciliter les réunions avec l'investisseur et les détenteurs de droits fonciers légitimes, fournir des communiqués de presse et d'autres informations aux médias, veiller à ce que les parties prenantes intéressées puissent participer aux procédures relatives aux permis et licences du projet et répondre aux demandes d'accès à l'information concernant le projet.

²³⁶

FAO. 2012. VGGT, para. 3B (8).

c) *Informations confidentielles*

4.178. *En général.* Lorsqu'ils envisagent la transparence et les obligations d'information connexes - y compris la mise à disposition du public du CITA - certains investisseurs peuvent être préoccupés par la protection des informations commercialement sensibles, qui pourraient être utilisées par des concurrents pour obtenir un avantage. Conformément aux pratiques émergentes en matière de transparence et de divulgation, les informations confidentielles peuvent être supprimées des documents qui doivent être mis à la disposition du public. Ce qui constitue une information confidentielle peut être défini par le droit interne et, en l'absence de telles orientations, pourrait l'être par les parties dans une clause contractuelle. Une plus grande précision quant à ce qui constitue une information confidentielle peut réduire la probabilité de litiges concernant les suppressions, qui sont censées être limitées et ne devraient pas être utilisées pour protéger des documents entiers de la divulgation.

4.179. *Définir les informations confidentielles.* Le règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités pourraient illustrer les moyens par lesquels les parties pourraient établir une définition opérationnelle de l'information confidentielle. L'article 7 de ce règlement fournit une définition de base des informations confidentielles ou protégées:

- les informations commerciales confidentielles;
- protégées contre la divulgation en vertu du traité;
- protégées contre la divulgation en vertu des lois pertinentes; et
- les informations dont la divulgation compromettrait l'application des lois.

4.180. *Suppressions.* Les investisseurs et les concédants peuvent supprimer les informations qui sont considérées comme confidentielles. Pour la procédure, le règlement de la CNUDCI sur la transparence peut également servir de source d'inspiration. Il précise que le tribunal arbitral consultera les parties pour déterminer une procédure de coopération pour les informations à supprimer et décidera en dernier ressort si des informations particulières doivent être expurgées si les parties ne parviennent pas à un accord. Pour ce faire, des procédures sont mises en place pour assurer l'identification et la suppression rapides des informations confidentielles. Les parties pourraient suivre une procédure similaire, dans laquelle une tierce partie neutre les aide à se mettre d'accord sur ce qui

constitue des informations confidentielles ou protégées, en fixant des délais pour la notification des suppressions proposées et en veillant à ce que la procédure dans son ensemble soit rapide et efficace afin de mettre les informations à la disposition du public en temps utile.

4.181. *Divulgarion non autorisée.* Selon la loi applicable et toute disposition pertinente du contrat, la divulgation non autorisée d'informations spécifiques et confidentielles peut constituer une violation de l'obligation de confidentialité. Les parties doivent également prêter attention aux documents contenant des informations qui, bien que non définies comme confidentielles dans le CITA, peuvent néanmoins faire l'objet d'une protection en vertu du droit national. Pour autant que la partie dont les informations ont été divulguées puisse produire la preuve requise d'un préjudice potentiel ou d'un préjudice réel, cette partie peut avoir droit à des dommages-intérêts ou à exercer d'autres recours (voir le Chapitre 5.III.B).

CHAPITRE 5

GESTION DE LA RELATION CONTRACTUELLE PENDANT LA MISE EN ŒUVRE: INEXÉCUTION ET MOYENS CONTRACTUELS

5.1. *Vue d'ensemble.* Les parties à des CITA, qui sont généralement des contrats à long terme et complexes, ainsi que d'autres parties prenantes concernées sont susceptibles de se trouver dans des situations où les droits et obligations (voir le Chapitre 4) prévus ne seront pas exécutés de manière satisfaisante, que ce soit à la suite d'un événement indépendant de leur volonté ou en raison d'une inexécution par l'une des parties. L'importance d'une gestion proactive de la relation contractuelle et des relations avec les autres parties prenantes tout au long de la mise en œuvre de l'investissement en terres agricoles et d'atténuer les risques et les répercussions est généralement reconnue. Dans de nombreux systèmes juridiques, cependant, il n'existe aucune orientation sur la façon de traiter les cas d'inexécution et sur les types de recours dont disposent les parties contractantes et les tiers concernés pour obtenir réparation. L'accès à un recours effectif est un principe fondamental des Principes directeurs des Nations Unies²³⁷. Il est par conséquent impératif que les parties établissent un plan d'intervention clair, en particulier en incluant des mécanismes contractuels qui puissent être utilisés de manière efficace.

5.2. *Plan d'intervention et droit applicable.* Lorsqu'elles prévoient leur plan d'intervention, les parties devraient tenir compte de l'éventail des moyens que la partie lésée peut exercer en cas d'inexécution en vertu du droit applicable. Les systèmes juridiques varient en ce qui concerne les fondements de l'exercice de chacun des différents moyens, leur contenu et leur portée, ainsi que l'ordre dans lequel ils peuvent être exercés. Les parties doivent également être conscientes de la liberté que leur permet la loi applicable, dans les limites de toute disposition impérative figurant dans diverses sources comme le droit des contrats, le droit des baux, le droit des investissements, le droit de l'environnement, les droits de l'homme et les règles de protection sociale (voir le Chapitre 1).

²³⁷ Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies, pp. 31-32.

5.3. *Promouvoir la prévisibilité, la stabilité et la flexibilité.* Dans un souci de prévisibilité et pour maintenir des relations stables pendant la durée prévue des CITA et des accords connexes, il est conseillé aux parties de prévoir les cas possibles d'inexécution et de prévoir les actions ou mesures correspondantes, avec la souplesse nécessaire. Les parties contractantes devraient également être conscientes des effets potentiels des cas d'inexécution sur un grand nombre de parties prenantes extérieures, y compris celles qui ne sont pas parties au contrat ou les tiers bénéficiaires. En particulier, les parties doivent examiner avec soin les conséquences que pourraient avoir une inexécution et la mise en œuvre de moyens vis-à-vis des détenteurs de droits fonciers légitimes dont les moyens qu'ils pourront exercer dépendront de leur position au regard de la structure contractuelle (voir le Chapitre 2.III ci-dessus et la Section III ci-dessous).

5.4. *Plan de la section.* Si le présent Chapitre se concentre sur les moyens contractuels, la partie lésée pourrait être en droit – selon le système juridique – d'obtenir réparation sur un autre fondement que le contrat – principal ou connexe –, sur la base d'une action délictuelle ou autre. La Partie I du présent Chapitre présente quelques considérations générales dans ce domaine. La Partie II est consacrée aux cas d'exonération pour inexécution. La Partie III donne un aperçu des moyens et traite des situations dans lesquelles chacune des parties au contrat commet une inexécution, ainsi que des moyens qui peuvent être mis en œuvre par les autres parties. Dans ce contexte, la Partie III traite également des situations dans lesquelles des titulaires de droits fonciers légitimes ou des collectivités locales sont parties au contrat ou à un accord connexe, ainsi que du cas des tiers bénéficiaires.

I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

5.5. *Concepts d'inexécution et de moyens.* L'inexécution est le défaut d'une partie d'exécuter l'une quelconque des obligations qui lui incombent en vertu du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive. L'inexécution peut concerner une ou plusieurs des obligations découlant du contrat, avec des conséquences plus ou moins importantes sur l'équilibre global de la relation. L'exécution d'une obligation et le moyen qui peut être mis en œuvre en cas d'inexécution, varient selon la nature de l'obligation, qui peut être une obligation impliquant d'employer les meilleurs efforts avec un certain degré de diligence requis ou une obligation dont le résultat

spécifique promis peut être évalué ²³⁸. Toute situation d'inexécution ouvre droit à réparation de la partie lésée. Le terme "moyen" désigne toute mesure juridique prévue par la loi ou par le contrat visant à protéger les intérêts d'une partie lésée des conséquences de l'inexécution de l'autre partie.

5.6. *Définir les cas d'exonération et les moyens pour encourager l'exécution.* Il est important que le contrat définisse clairement les obligations (par exemple une obligation portant sur les délais) dont l'inexécution pourrait être excusée ou dont l'inexécution non excusée pourrait servir de base à l'exercice d'un moyen. Les clauses relatives à l'inexécution peuvent être placées immédiatement après l'obligation à laquelle elles se rapportent, ou dans une section consacrée aux moyens en cas d'inexécution, se référant spécifiquement à certains types de moyens (par exemple, les dommages-intérêts, la résiliation, etc.). Des dispositions bien rédigées relatives aux excuses et aux moyens devraient permettre aux parties de résoudre les problèmes à un stade précoce et d'éviter leur aggravation, qui pourrait entraîner des conséquences économiques, environnementales et sociales importantes. Idéalement, un système de moyens bien conçu devrait non seulement avoir un effet dissuasif sur l'inexécution (par exemple, par la menace de mise en jeu de la responsabilité, de la résiliation ou d'autres effets négatifs) et permettre à la partie lésée d'obtenir réparation, mais il devrait également viser à encourager l'exécution du contrat en aidant à la détection et à la correction proactives des erreurs.

5.7. *Cas excusés de responsabilité et contravention au contrat.* L'inexécution peut donner lieu à exonération de responsabilité en raison d'un événement extérieur imprévu, tel qu'un cas de force majeure, ou en raison de la conduite de l'autre partie au contrat. L'inexécution ne peut être excusée si elle résulte soit de l'acte intentionnel du débiteur, soit d'un événement relevant de la sphère de contrôle du débiteur, qui constituent une contravention au contrat. Alors que certains moyens (tels que les dommages-intérêts) sont exclusivement destinés aux cas de contravention au contrat, d'autres sont disponibles tant en cas d'inexécution excusée qu'en cas d'inexécution non excusée, pour autant que les circonstances excusant l'inexécution ne compromettent pas leur utilisation.

²³⁸ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 5.1.4 (Obligation de résultats et obligations de moyens).

5.8. *Proportionnalité.* Dans de nombreux systèmes juridiques, quoique pas tous, les moyens que le créancier peut mettre en œuvre doivent être proportionnels à la gravité de l'inexécution. Certains systèmes juridiques limitent le recours à des moyens plus sévères (par exemple, la résiliation du contrat) aux cas dans lesquels l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, dans les limites de la prévisibilité, ou bien en cas de comportement intentionnel ou téméraire, ou lorsque le créancier n'a aucune raison de croire que l'exécution aura lieu ²³⁹. Le présent Guide considère ces situations d'inexécution comme particulièrement graves, qui peuvent être qualifiées au niveau national d'inexécution "substantielle", "essentielle" ou "fondamentale". En tant que bonne pratique, les parties devraient appliquer le principe de proportionnalité entre l'inexécution et le moyen mis en œuvre, particulièrement en ce qui concerne la résiliation, qui ne devrait intervenir qu'en dernier recours après avoir épuisé tous les autres recours pour atténuer et corriger l'inexécution.

5.9. *Coopération.* Lorsqu'elles envisagent les situations d'inexécution, outre la bonne foi et la loyauté des relations, la coopération est également un principe clé important pour les contrats à long terme ²⁴⁰. On compte parmi les exemples l'échange d'informations pertinentes, l'attribution d'un délai supplémentaire pour l'exécution, l'atténuation du préjudice, l'octroi d'une opportunité de réparation ou l'adaptation du contrat. La coopération peut également s'avérer nécessaire lorsque le contrat prend fin à expiration ou du fait de la résiliation, par exemple pour restituer les terres dans l'état convenu (voir le Chapitre 6.II sur la restitution des terres).

5.10. *Surveillance de l'inexécution et mesures correctives.* Même lorsque le contrat prévoit explicitement des moyens pour l'inexécution, il est impossible que les parties envisagent tous les détails des nombreuses situations possibles d'inexécution qui peuvent survenir. Par conséquent, une bonne approche serait de définir dans le contrat des moyens applicables généralement ou dans des situations spécifiques, en gardant à l'esprit les moyens disponibles en vertu du droit applicable. Il est par ailleurs conseillé aux parties de mettre en place un mécanisme de suivi de l'inexécution et de la mise en œuvre des moyens, dans le prolongement logique du suivi de

²³⁹ Pour les contrats du commerce international, les Principes d'UNIDROIT réservent la résiliation aux cas d'inexécution fondamentale (voir article 7.3.1). Pour les contrats de vente internationale, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), 2010, adopte la même approche (voir article 25).

²⁴⁰ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 5.1.3 (Devoir de coopération).

l'exécution du contrat (voir le Chapitre 4.V.B). Ces mécanismes devraient évaluer le respect par les parties de la loi applicable et des obligations contractuelles, mais ils pourraient également fournir des indications utiles sur les mesures correctives appropriées (par exemple, par des mesures d'atténuation et de correction). Les parties peuvent organiser de différentes manières des modalités de coopération pour repérer et gérer les cas d'inexécution et la mise en œuvre des moyens (par exemple, en établissant des procédures et des comités de suivi) et envisager des mécanismes conduisant, si nécessaire, à une renégociation ou à une révision du contrat.

5.11. *Lien avec le règlement des différends.* L'incapacité des parties à gérer l'inexécution d'une manière ordonnée, ou l'échec des tentatives de le faire, est susceptible de dégénérer en un différend (voir le Chapitre 7). Avant de recourir à des formes de règlement juridictionnel (par l'arbitrage ou devant des tribunaux étatiques), les parties devraient, dans la mesure du possible, donner la priorité aux règlements à l'amiable (par exemple par les négociations et la médiation) car ils peuvent être considérés comme une continuation des moyens coopératifs en cas d'inexécution et pourraient être organisés par les parties selon les mêmes procédures. En outre, les mécanismes de réclamation peuvent également servir à traiter les situations d'inexécution à un stade précoce et à rechercher une solution appropriée.

II. CAS EXCUSÉS DE RESPONSABILITÉ

5.12. *Survenance d'événements.* Pendant la durée d'un CITA, certains événements indépendants de la volonté des parties peuvent survenir qui empêcheront totalement ou entraveront considérablement l'exécution du contrat. Ces événements requièrent une attention particulière parce qu'ils peuvent fournir des fondements légaux d'excuses à l'inexécution ou peuvent entraîner d'autres conséquences en droit. Si tous les systèmes juridiques prévoient des cas exceptés de responsabilité, ils diffèrent toutefois considérablement en ce qui concerne les événements qui constituent un fondement pour l'exonération de responsabilité (c'est-à-dire des "cas exceptés"), la façon dont ils sont définis et leur portée, ainsi que leurs effets juridiques sur les obligations des parties et sur le contrat ou l'accord connexe dans son ensemble. L'interprétation donnée par les tribunaux joue également un rôle important en raison de l'importance des circonstances particulières de chaque cas.

5.13. *Permissivité du droit applicable.* En règle générale, les droits nationaux permettent aux parties de convenir dans leur contrat des événements qui donneront lieu à une exonération de responsabilité. Ces clauses sont courantes dans la pratique commerciale internationale et peuvent remplir différentes fonctions, et limiter ou élargir les règles supplétives de la loi applicable qui qualifient les événements constitutifs de cas exceptés et leurs caractéristiques, et en modifier les effets ou prévoir des situations particulières.

5.14. *Absence ou nullité des clauses contractuelles.* En l'absence de clause contractuelle à cet effet, ou si une telle clause n'est pas valable, la loi applicable détermine la mesure dans laquelle certains événements ou circonstances sont constitutifs de cas exceptés et leurs conséquences éventuelles sur les obligations des parties et leur contrat dans son ensemble. Cette question ne dépend pas du for où est invoquée la reconnaissance de l'événement ou des circonstances. La loi du for peut toutefois être applicable, soit en tant que règle internationale impérative, soit par l'exception d'ordre public (voir le Chapitre 1).

5.15. *Considérations concernant les détenteurs de droits fonciers légitimes.* Les conséquences de la survenance d'un cas excepté de responsabilité sur les titulaires légitimes de droits fonciers méritent une attention particulière, surtout s'ils ont renoncé à certains droits sur des terres ou d'autres ressources pour la réalisation du projet d'investissement. Dans les cas où ces détenteurs sont parties au CITA ou à des accords connexes et sont tenus à certaines obligations (voir le Chapitre 2.III), ils peuvent se prévaloir de l'événement pour s'exonérer de l'inexécution de leurs obligations. En tant que partie lésée, ils pourraient ne pas avoir droit à être indemnisés pour l'inexécution excusée de l'investisseur. Il en va de même si les titulaires des droits fonciers légitimes sont des tiers bénéficiaires.

5.16. *Plan de la section.* Cette partie traite de deux fondements d'exonération possibles, à savoir (a) la force majeure et (b) le changement de circonstances, et aborde (c) certaines considérations supplémentaires pour les contrats entre investisseurs et gouvernements.

A. La force majeure

5.17. *Notion générale.* L'impossibilité d'exécuter un contrat, considérée comme un cas de force majeure, se réfère généralement à un événement survenant après la conclusion d'un contrat, qui est imprévisible, inévitable,

qui échappe au contrôle raisonnable des parties et empêche objectivement l'une ou l'autre d'entre elles de s'exécuter. Lorsqu'un cas de force majeure se produit, la partie défaillante est exonérée de responsabilité pour l'inexécution.

5.18. *Droit applicable.* S'agissant des clauses de force majeure, les parties doivent être conscientes que l'insertion d'une telle clause ne prive pas nécessairement la loi applicable de sa pertinence. Les clauses générales mentionnant la force majeure sans autre précision seront interprétées conformément à la loi applicable et pourront également dépendre de la loi du for. En outre, l'énumération dans la clause d'événements constitutifs de force majeure peut être conçue de différentes manières selon l'organe juridictionnel et le système juridique.

5.19. *Clauses de force majeure.* Il est conseillé aux parties d'inclure dans le CITA et les accords connexes une clause de force majeure adaptée à leurs besoins spécifiques. La clause définit les conditions en matière de notification et de procédure sous réserve de la loi applicable, et en général 1) elle définit les événements constitutifs de force majeure et 2) prévoit les effets de la réalisation de tels événements.

1. Événements constitutifs de force majeure

5.20. *Définition.* Les clauses contractuelles contiennent le plus souvent une référence générale à la "force majeure", associée à un autre terme tel que "cas fortuit". Certaines clauses peuvent également utiliser les termes "facteurs défavorables" ou "événements défavorables", avec ou sans termes supplémentaires, tels que "indépendants de la volonté des parties" ou "échappant au contrôle des parties". Parfois, les clauses exigent expressément que l'obligation devienne impossible à exécuter ou aboutisse au même résultat. Le caractère incontrôlable ou inévitable de l'événement est parfois atténué lorsque les parties font référence à un critère de caractère raisonnable. La clause peut également préciser le lien de causalité entre l'événement et l'inexécution et préciser si l'empêchement est de nature permanente ou temporaire, une distinction qui détermine également les conséquences de l'empêchement.

5.21. *Liste des événements constitutifs.* Les clauses de force majeure contiennent souvent une énumération d'événements constitutifs de force majeure, ce qui peut être utile pour l'interprétation de la clause. Les parties peuvent indiquer clairement que la liste n'est pas exhaustive en utilisant des expressions comme "tels/telles que", "entre autres", "notamment, mais de façon non limitative", en insérant simplement des points de suspension

ou "etc.", ou en ajoutant une formulation générale susceptible d'englober tous les cas fortuits. Les parties peuvent préférer, pour davantage de sécurité, que la liste soit limitative.

5.22. *Événements naturels et non naturels.* Les contrats qui contiennent une clause de force majeure avec une liste d'exemples d'événements naturels comprennent presque toujours des événements météorologiques extrêmes et des calamités (par exemple, inondations, gelées, sécheresses, tempêtes, incendies, tremblements de terre, pandémies²⁴¹), souvent mentionnés comme des catastrophes naturelles. Les épidémies et les attaques de ravageurs sont aussi souvent considérés comme des événements déterminants. Parmi les événements non naturels, les grèves ou autres conflits liés au travail sont souvent mentionnés expressément, y compris parfois des actions illégales ou non autorisées. Les bouleversements allant des émeutes aux révolutions ou aux conflits armés, en passant par les rassemblements et autres désordres sociaux sont des événements qui apparaissent aussi souvent dans les clauses de force majeure, ainsi que les guerres, les actes de terrorisme, les insurrections et les troubles civils.

5.23. *Conflits avec les communautés locales.* Les conflits avec les communautés locales qui entravent l'exécution du contrat (par exemple, si les communautés locales bloquent l'accès aux infrastructures nécessaires) peuvent être admissibles comme force majeure selon le contrat et les circonstances particulières. Lorsque ces événements auraient pu être évités ou étaient raisonnablement prévisibles, comme c'est le cas dans la plupart des contrats dans lesquels les communautés locales ont effectivement été identifiées comme potentiellement affectées par le contrat et consultées (voir le Chapitre 2), on peut se demander si des troubles ou des conflits constitueraient en fait des événements constitutifs de force majeure, car ils touchent à des questions centrales qui doivent être traitées dans le cadre de l'investissement. L'inclusion de tels événements dans le champ d'application de la force majeure pourrait plutôt constituer une exclusion ou une limitation de responsabilité cachée dans la disposition relative à la force majeure. Les parties doivent être conscientes du fait que de nombreux systèmes juridiques imposent des restrictions aux exclusions de responsabilité (par exemple, en les invalidant si elles s'étendent au

²⁴¹ Pour des conseils spécifiques sur l'impact d'une pandémie sur les relations contractuelles, voir UNIDROIT. 2020. Note du Secrétariat sur les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et la crise sanitaire du COVID-19.

comportement intentionnel ou à la négligence grave du débiteur ou en limitant la possibilité de les insérer dans les contrats types).

5.24. *Actes du gouvernement.* Les actes des autorités gouvernementales, qui visent les changements de législation ou de politique gouvernementale, sont communément mentionnés comme des événements constitutifs de force majeure dans les clauses de contrats entre parties privées. Toutefois, ce n'est généralement pas le cas lorsque le gouvernement est partie au contrat, car l'acte ne peut être considéré comme indépendant de sa volonté (voir la Section C ci-dessous).

2. Conséquences de la reconnaissance de la force majeure

5.25. *En général.* La survenance d'un événement établi comme étant un cas de force majeure entraîne une exonération de responsabilité pour le débiteur dans la mesure de son impossibilité d'exécution. Dans de nombreuses situations, l'impossibilité sera partielle, n'affectant que certaines des prestations prévues, ou s'appliquera pendant une période limitée, impliquant une suspension du contrat, avant d'aboutir - éventuellement - à la résiliation du contrat.

5.26. *Charge de la preuve.* La force majeure sert de fondement d'exonération (ou de moyen de défense) pour le débiteur, exonérant celui-ci de l'exécution de l'obligation affectée par l'évènement ou empêchant le créancier de prétendre à une indemnisation²⁴². En règle générale, il incombe à la partie qui invoque que son exécution est affectée par un cas de force majeure de prouver la survenance de l'évènement, qu'elle possède les caractéristiques requises par le contrat ou la loi applicable et le lien de causalité entre l'évènement et l'inexécution.

5.27. *Suspension de l'exécution.* Dans des cas extrêmes, l'empêchement prévient toute exécution ultérieure et entraînera la résiliation du contrat. En règle générale, toutefois, l'empêchement aura simplement un effet suspensif. La suspension est, du moins dans un premier temps, une approche moins perturbatrice qu'une résiliation pure et simple, et elle est souvent expressément prévue dans les CITA. Toutefois, on ne peut pas s'attendre à ce qu'une suspension ait une durée indéterminée. Habituellement, la durée du contrat sera prolongée pour une période temporaire égale à la durée de l'empêchement. Le contrat peut également

²⁴² Pour les contrats du commerce international, une règle semblable se trouve dans les Principes d'UNIDROIT, article 7.1.7(4); et pour les contrats de vente internationale, article 79(5), CVIM.

prévoir que l'inexécution est excusée après l'expiration d'un délai déterminé, ou peut donner à l'autre partie le droit de résilier le contrat après un certain délai. Une autre possibilité consiste à obliger les parties à renégocier les termes de leur accord. Il peut également être souhaitable d'indiquer à partir de quel moment le délai commence à courir: quand l'empêchement est survenu, quand la partie en a eu connaissance ou - s'il existe une obligation de notification - quand la notification a été signifiée à l'autre partie.

5.28. *Résiliation.* Les contrats, ou moins fréquemment les lois nationales internes, peuvent accorder à l'une ou l'autre des parties, ou aux deux, le droit de résilier le contrat en raison de la survenance d'un cas de force majeure. Ce droit peut être immédiatement disponible en limitant la résiliation aux prestations futures (voir la Partie III.B.4 ci-dessous).

5.29. *Droit ou obligation de renégocier.* Les parties peuvent souhaiter poursuivre leur relation même lorsque des circonstances imprévues entravent ou restreignent gravement l'exécution du contrat. À cette fin, une clause de l'accord initial peut prévoir le droit ou l'obligation de renégocier ses modalités à la survenance d'un événement déterminé. En l'absence d'une telle disposition, les parties peuvent décider à tout moment de modifier leur accord initial ou d'en conclure un autre par consentement mutuel. Toutefois, si le droit interne des contrats ne prévoit généralement pas le droit ou l'obligation d'engager un processus de renégociation à la suite de la survenance d'un cas de force majeure, certains systèmes juridiques, en revanche, admettent que des changements dans les circonstances initiales existant au moment de la conclusion du contrat puissent exceptionnellement donner lieu à un tel droit ou devoir²⁴³. Cela peut découler d'une disposition législative expresse ou des principes généraux de bonne foi, de solidarité ou de coopération.

B. Les changements de circonstances

5.30. *Notion générale.* Les changements de circonstances pendant la durée du contrat peuvent aller au-delà des risques envisagés par les parties au moment de sa conclusion²⁴⁴. Les situations qui modifient fondamentalement l'équilibre de la relation – sans que cela n'empêche

²⁴³ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 7.1.7 (Force majeure) et article 6.2.3 (Effets du hardship).

²⁴⁴ Voir aussi CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 155, paras 126-130; p. 217, para. 35; Guide technique des Directives volontaires N°7, pp. VIII-X.

nécessairement l'exécution – (ce qui constituerait par exemple un cas de force majeure) constituent un motif fréquent d'inexécution. Le terme "hardship" est couramment utilisé pour décrire des changements exceptionnels de circonstances qui peuvent donner lieu à un moyen contractuel ou une mesure prononcée par le tribunal, ou encore pour désigner la clause régissant de telles situations.

5.31. *Diversité des situations de hardship en droit interne.* Une clause traitant du changement de circonstances est nécessaire parce que les législations nationales sont très différentes en ce qui concerne la reconnaissance et le traitement des situations de hardship. Sur la base du strict respect du principe de stabilité du contrat tel que stipulé par les parties, la plupart des droits internes des contrats n'ont généralement pas adopté de dispositions spécifiques ni élaboré de solutions jurisprudentielles traitant de ces situations, et pourraient ne pas favoriser la résiliation ou l'adaptation du contrat par le juge. Dans certains systèmes juridiques toutefois, le tribunal peut soit ordonner aux parties d'entamer des négociations en vue de parvenir à un accord sur l'adaptation du contrat, soit confirmer les termes du contrat en l'état. Quelques lois nationales exigent des parties de procéder à une renégociation avant de demander au juge d'adapter le contrat ou de prononcer la résiliation sur la base du changement de circonstances.

5.32. *Modification fondamentale.* Dans les systèmes juridiques où les situations de hardship constituent un fondement à un moyen juridique, des critères stricts s'appliquent pour déterminer si les circonstances comportent effectivement une altération fondamentale du contrat sont réunies. Dans la pratique, une modification fondamentale peut se manifester par une augmentation substantielle du coût de l'exécution ou une diminution substantielle de la valeur de l'exécution reçue. Les perturbations du marché, qui altèrent la situation financière d'une partie ou entraînent des fluctuations des prix à l'échelle mondiale, sont des situations fréquentes de changements de circonstances pouvant excuser l'inexécution du contrat. Dans les CITA, par exemple, l'investisseur peut être confronté à une augmentation substantielle des coûts en raison de l'introduction de nouvelles règles de sécurité exigeant des procédures de production beaucoup plus coûteuses; ou le concédant peut faire face à une augmentation substantielle des coûts, par exemple, s'il a convenu de fournir certains services à l'investisseur (par exemple l'approvisionnement en eau) et des changements radicaux dans les conditions du marché augmentent considérablement le coût de la fourniture de ces services.

5.33. *Moment du changement de circonstances.* Pour pouvoir invoquer le hardship, les événements en question doivent être au-delà du contrôle de la partie désavantagée. Ils doivent aussi avoir lieu ou être connus de la partie désavantagée après la conclusion du contrat, sinon elle aurait pu en tenir compte au moment de la conclusion du contrat. En outre, le hardship ne peut pas être invoqué si la partie défavorisée a assumé le risque du changement de circonstances, soit expressément, soit en raison de la nature même du contrat.

5.34. *Prestation à fournir.* Si la modification fondamentale de l'équilibre du contrat intervient à un moment où l'exécution n'a été que partiellement réalisée (par exemple, l'investisseur a payé les loyers prévus mais n'a pas encore rempli son obligation de construire certaines infrastructures, comme une route d'accès), le hardship ne peut concerner que les prestations qui restent à réaliser et que pour les années restantes de la durée du contrat.

5.35. *Absence de clause de hardship dans le contrat.* Dans le cas d'un changement de circonstances constitutif de hardship et en l'absence d'une clause spécifique à cet effet dans le contrat, la partie désavantagée devrait en premier lieu demander des renégociations pour adapter les conditions initiales du contrat. Ce n'est qu'à défaut d'accord dans un délai raisonnable que l'une ou l'autre partie pourrait s'adresser au tribunal en vue d'adapter le contrat au changement de circonstances. La demande doit être faite le plus rapidement possible après le moment où le hardship s'est produit. La situation de hardship ne donne pas en elle-même à la partie désavantagée le droit de suspendre l'exécution, ni à la contrepartie de cesser de remplir ses propres obligations.

5.36. *Traiter des changements de circonstances dans le contrat.* À des fins de clarté et de flexibilité, les parties devraient envisager les changements de circonstances qui pourraient survenir pendant la durée du contrat et traiter cette question dans le contrat. Une clause de hardship définira les circonstances déclenchant sa mise en œuvre et leurs conséquences. Les situations de hardship sont souvent traitées de façon plus générale par des clauses d'adaptation, qui prévoient des examens périodiques et l'organisation de négociations en vue d'une éventuelle restructuration du contrat.

C. Les considérations concernant les contrats entre investisseur et gouvernement

5.37. *En général.* Dans les contrats entre investisseurs et gouvernements, un concédant public peut vouloir invoquer s'exonérer de sa responsabilité pour l'inexécution du contrat en raison de la survenance d'un événement ou d'un changement de circonstances. La question de savoir si l'événement est suffisamment grave pour excuser totalement ou partiellement l'inexécution, et pour quelle période de temps, dépend normalement de la loi applicable. Si le gouvernement invoque ces circonstances devant ses juridictions et que la loi applicable n'est pas la sienne, la loi applicable au contrat choisie par les parties peut entrer en jeu.

5.38. *Troubles civils.* Un gouvernement peut vouloir suspendre l'exécution du contrat en raison de troubles internes ou en réponse à un sentiment populaire accompagné d'actes de violence dirigés contre l'investisseur. Les troubles civils – qui peuvent aller des émeutes au pillage en passant par les conflits armés – n'excusent toutefois pas à eux seuls l'inexécution des obligations contractuelles d'un gouvernement. Les gouvernements qui signent des traités d'investissement sont tenus d'accorder une protection et une sécurité totale aux investisseurs. Pour s'acquitter de ces obligations, les gouvernements sont tenus de faire preuve de diligence raisonnable pour minimiser les dommages causés à l'investisseur par les troubles civils. L'inaction du gouvernement face aux troubles civils l'exposera à une action potentielle pour la violation du traité d'investissement applicable. En outre, des actes particulièrement graves de troubles civils assimilables à un conflit armé, tels que le meurtre, peuvent être imputés au gouvernement, l'exposant à une responsabilité supplémentaire ²⁴⁵.

5.39. *Situations de nécessité.* Une situation de nécessité, créée par un "péril grave et imminent" ²⁴⁶, peut être provoquée par un cas de force majeure, un changement de circonstances, un événement constitutif ou même des troubles civils, de sorte qu'il peut y avoir un certain recoupement entre la nécessité et d'autres fondements d'exonération pour inexécution contractuelle. Cela dit, des conditions supplémentaires doivent être remplies pour que l'inexécution contractuelle due à la nécessité libère le gouvernement de sa responsabilité pour comportement internationalement illicite. Premièrement, il doit exister un "péril grave et imminent".

²⁴⁵ Commission du droit international 2001. Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, articles 4-8.

²⁴⁶ *Id.*, article 25.

Deuxièmement, l'inexécution contractuelle doit être le seul moyen pour le gouvernement de faire face à ce "péril grave et imminent". Troisièmement, l'inexécution contractuelle ne doit pas porter gravement atteinte à un intérêt essentiel de la communauté internationale. Et quatrièmement, le gouvernement ne doit pas avoir contribué à la situation de nécessité. Compte tenu de la sévérité des conditions liées au moyen de défense de nécessité, l'inexécution contractuelle n'est excusée pour cause de nécessité que dans des circonstances exceptionnelles, telles que l'effondrement de l'économie nationale.

5.40. *Relation avec les clauses de stabilisation.* Un contrat conclu avec l'État peut être soumis à une clause de stabilisation (voir le Chapitre 4.IV.C). La question de savoir si et comment une clause de stabilisation affecte la responsabilité du gouvernement en cas d'inexécution contractuelle dépend de sa formulation.

III. LES MOYENS EN CAS DE CONTRAVENTION AU CONTRAT

5.41. *Inexécution non excusée.* Lorsque l'inexécution ne relève pas d'un cas d'exonération de responsabilité, la partie ou les parties lésées et d'autres parties prenantes peuvent demander réparation au contrevenant au contrat.

5.42. *Plan de la section.* Cette partie: a) traite du rôle du comportement de la partie lésée; b) donne un aperçu des moyens; et c) examine les situations découlant de l'inexécution de chaque partie (c'est-à-dire par l'investisseur, le concédant et, le cas échéant, les détenteurs de droits fonciers légitimes ou les autres communautés locales) et les moyens que peuvent mettre en œuvre la partie ou les parties lésées. Dans ce dernier cas, les cas d'inexécution seront examinés en fonction des principales obligations identifiées pour chaque partie dans le cadre du Chapitre 4 sur les droits et obligations des parties, avec une analyse des situations communes d'inexécutions (par exemple le cas d'une ingérence d'une autre partie) et des orientations concernant les moyens appropriés possibles.

A. Le rôle du comportement de la partie lésée

5.43. *Comportement de la partie lésée.* Le comportement de la partie lésée, selon la loi applicable, peut avoir un impact sur l'accès à certains moyens. Il peut priver la partie d'exercer certains moyens ou en réduire la portée parce que la partie lésée a interféré dans l'exécution par l'autre partie, a contribué à la contravention ou n'a pas atténué les conséquences

négatives de l'inexécution. Par exemple, si la partie lésée a contribué à l'inexécution, elle pourrait ne pas être fondée à demander la résolution ou l'exécution en nature, ou elle pourrait devoir assumer une partie des frais supplémentaires qui seront supportés par la partie défaillante pour exécuter son obligation, ce qui peut entraîner une réduction du prix.

5.44. *Fait de la partie lésée.* Le fait de la partie lésée envisage généralement deux situations distinctes²⁴⁷. En premier lieu, une partie n'est pas en mesure d'exécuter ses prestations parce que l'autre partie a fait en sorte de rendre l'exécution totale ou partielle impossible. Par exemple, c'est à l'investisseur qu'il incombe de construire un centre d'apprentissage, mais le gouvernement (c'est-à-dire le concédant) ne délivre pas l'autorisation nécessaire pour construire le centre. Une autre possibilité est que l'inexécution résulte d'un événement dont le risque est expressément ou implicitement mis, par le contrat, à la charge de la partie qui invoque l'inexécution. Un tel événement peut, par exemple, être constitué par les communautés qui entravent l'accès aux installations, ou un conseil municipal qui ne délivre pas les autorisations nécessaires pour construire les infrastructures, et le contrat impute le risque de tels événements au gouvernement.

5.45. *Contribution à l'inexécution.* Le comportement de la partie lésée peut contribuer à l'inexécution par le débiteur de l'obligation. Tel est le cas lorsqu'elle ne s'acquitte pas des obligations qui sont nécessaires pour le résultat escompté. Lorsque la partie lésée demande par la suite des dommages-intérêts, sa propre contribution à l'inexécution peut réduire le montant de l'indemnisation due en fonction du degré de la faute de chaque partie et du lien de causalité entre les actes ou l'omission et l'exécution défectueuse²⁴⁸. Afin de promouvoir la coopération et d'éviter des comportements opportunistes, certains systèmes juridiques peuvent limiter les moyens que peut exercer la partie qui a contribué à l'inexécution.

5.46. *Obligation d'atténuation.* Face à une situation d'inexécution, le créancier de l'obligation ne devrait pas rester inactif alors qu'une action pourrait éviter ou atténuer le préjudice. En effet, de nombreux systèmes juridiques reconnaissent une telle obligation, souvent connue sous le nom d'obligation d'atténuation du préjudice²⁴⁹. Selon la loi applicable, le défaut d'atténuation peut aboutir à exclure certains recours ou réduire le montant

²⁴⁷ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 7.1.2 (Fait du créancier).

²⁴⁸ *Id.*, article 7.4.7 (Préjudice partiellement imputable au créancier).

²⁴⁹ *Id.*, article 7.4.8 (Atténuation du préjudice).

de l'indemnisation. Lorsqu'une obligation d'atténuation n'est pas reconnue par la loi, certaines formes de coopération de la partie lésée peuvent être fondées sur des principes généraux du droit des contrats, comme l'obligation de coopérer ou la bonne foi. Lorsqu'elle est reconnue, l'atténuation peut entraîner l'adoption de mesures correctives par la partie lésée ou par un tiers aux frais de la partie défaillante. Par exemple, si le contrat prévoit que l'investisseur coopère et approuve les infrastructures par l'investisseur, le défaut d'inspection et de notification en temps utile de toute non-conformité peut le priver de tout moyen, y compris des moyens en nature, des réductions de prix et des dommages et intérêts.

5.47. *Respect de l'obligation d'atténuation.* L'obligation d'atténuer les conséquences du préjudice est acceptée par de nombreux systèmes nationaux et dans les codifications internationales, bien que des divergences existent. Le respect de cette obligation implique normalement le droit de recouvrer les dépenses raisonnablement engagées pour atténuer le préjudice causé par l'inexécution. Lorsqu'une obligation d'atténuation est reconnue par la loi, le défaut d'atténuation empêche le créancier de recevoir une indemnisation intégrale ou de réclamer les dommages-intérêts dus à ce défaut. Une attention particulière est accordée aux opérations de remplacement faites en temps opportun visant à limiter des pertes accrues dues aux fluctuations des prix. L'obligation d'atténuation s'applique aux contrats bilatéraux ainsi qu'aux contrats multipartites et aux contrats connexes (voir le Chapitre 2). De toute évidence, dans ce cas, certains ajustements doivent être faits quant à la définition de la portée et des objectifs de l'obligation d'atténuation, car un plus grand nombre de parties peuvent être en mesure de prendre des mesures d'atténuation contre la survenance de préjudice.

B. Aperçu des moyens

5.48. *Plan de la section.* Les moyens peuvent être classés en quatre grandes catégories selon leur contenu et leur capacité à assurer le respect des engagements contractuels. Cette section examinera: 1) les moyens en nature; 2) les moyens pécuniaires; 3) la renégociation; et 4) la résiliation et la restitution.

1. Moyens en nature

5.49. *Prestation identique ou équivalente attendue.* Les moyens en nature visent à fournir à la partie lésée une prestation identique ou équivalente à celle qu'elle attendait de l'exécution du contrat. Il peut s'agir, par exemple,

de faire exécuter le contrat en appliquant des mesures de correction ou en accordant un délai supplémentaire pour l'exécution. Les moyens en nature permettent de maintenir la relation contractuelle et représente la meilleure option coopérative lorsque les conditions initiales de l'échange ne peuvent se matérialiser. Ils sont particulièrement pertinents pour les relations à long terme ayant un impact sur les communautés locales, impliquant des investissements de grande valeur dans les terres et les infrastructures. Tout préjudice résultant de l'inexécution non réparé par le moyen en nature (par exemple, un préjudice pour retard dans l'exécution) est couvert par l'octroi de dommages-intérêts à la partie lésée.

5.50. *Suspension de l'exécution des obligations.* Selon la loi applicable, le moyen consistant à suspendre l'exécution peut être utilisé lorsqu'une partie contrevient au contrat avant que la partie lésée n'ait à exécuter conformément au calendrier du contrat. En général ce moyen sert à exercer une pression sur l'autre partie pour l'encourager à s'exécuter. L'incidence de la suspension sur l'évolution de la relation contractuelle dépend du type de prestation concernée, en particulier si elle est déterminante pour l'exécution par l'autre partie. L'investisseur peut, par exemple, suspendre les paiements au concédant si l'accès à certaines structures n'est pas accordé. Dans le cas d'actes d'exécution non conformes de la part de l'investisseur, il peut être plus difficile au concédant de suspendre l'exécution parce que celle-ci a généralement déjà eu lieu (à savoir la mise à disposition des terres). Dans certaines situations, toutefois, le concédant peut suspendre d'autres types de prestations, comme la fourniture d'intrants matériels ou des services (par exemple, l'assistance technique, l'accès à l'eau). Le moyen de suspension de l'exécution peut également être utilisé comme prélude à une résiliation future, en particulier lorsque les circonstances font apparaître qu'il y aura une inexécution fondamentale.

5.51. *Droit à l'exécution en nature.* Il existe un principe généralement accepté selon lequel le paiement des sommes dues en vertu d'une obligation contractuelle peut toujours être exigé et, si la demande n'est pas satisfaite, exécuté par une action en justice devant un tribunal. En raison du caractère contraignant du contrat, chaque partie devrait en règle générale avoir également le droit d'exiger l'exécution d'obligations non monétaires, ce que l'on appelle l'"exécution en nature" (par exemple, l'imposition de mesures immédiates pour mettre les terres à disposition ou construire une route dans un délai déterminé, tel que prévu au contrat). Dans les systèmes juridiques de droit civil, ces moyens sont effectivement possibles. Par exemple, si l'investisseur a promis de construire certaines installations et

décide ensuite de ne pas les construire, l'autre partie peut demander une exécution en nature, sauf si elle est excessivement coûteuse ou constitue un moyen inapproprié, auquel cas des dommages-intérêts peuvent être demandés ou une solution de remplacement peut être envisagée. En revanche, les systèmes de *common law* n'autorisent l'exécution d'obligations non monétaires que dans des circonstances particulières et préfèrent accorder des dommages-intérêts à la partie victime de l'inexécution.

5.52. *Limitations du droit à l'exécution en nature.* La loi applicable peut écarter le recours à un moyen en nature lorsqu'il n'est matériellement pas possible (par exemple lorsque les produits à livrer ont été détruits), lorsqu'il entraîne des efforts déraisonnables (par exemple lorsque des tonnes de semences spéciales qui auraient dû être séparées des semences ordinaires ont été mélangées), ou lorsqu'il n'est pas applicable en raison de son caractère exclusivement personnel (par exemple une assistance technique concernant un nouveau procédé agricole qui n'est connu que d'un seul fournisseur), ou encore parce que la partie lésée n'a pas demandé l'exécution dans un délai raisonnable ²⁵⁰. La survenance d'un préjudice n'est pas une condition exigée pour obtenir l'exécution en nature et il n'est pas nécessaire que le manquement soit fondamental. Toutefois, selon la loi applicable, la possibilité de demander le remplacement des produits peut être limitée au cas où le manquement a été fondamental ²⁵¹.

5.53. *Extension des délais d'exécution.* Il arrive fréquemment que l'une des parties n'exécute pas une obligation dans le délai convenu dans le contrat et l'autre partie est disposée à accorder un délai supplémentaire pour l'exécution, préférant une exécution tardive à aucune exécution (par exemple un retard dans le paiement des loyers par l'investisseur au concédant). La possibilité d'accepter une exécution tardive dépend généralement du type d'obligation, fondamentale ou non, et des intérêts en jeu. Les parties devraient examiner la façon de traiter l'exécution tardive dans le contrat ²⁵². L'octroi d'une prolongation du délai d'exécution peut intervenir après une demande d'exécution de façon négociée entre les parties. Il peut également intervenir dans le cadre d'une action en justice ou d'un autre mécanisme de règlement des différends (par exemple

²⁵⁰ *Id.*, article 7.2.2 (Exécution de l'obligation non pécuniaire).

²⁵¹ Pour les contrats de vente internationale, une règle semblable se trouve à l'article 46(2), CVIM.

²⁵² Voir les Principes d'UNIDROIT, article 7.1.5 (Délai d'exécution supplémentaire).

l'arbitrage). En outre, certains systèmes juridiques prévoient une procédure par laquelle la partie ayant droit à l'exécution peut donner une seconde chance à la partie exécutante, sans préjudice d'autres moyens, tels que le droit à des dommages-intérêts. La procédure prévoit généralement une notification par le créancier pour accorder un délai supplémentaire pour l'exécution, au cours duquel il ne sera pas possible de mettre en œuvre d'autres moyens.

5.54. *Mesures correctives et correction par le débiteur.* Les mesures correctives comprennent la réparation, le remplacement ou toute autre forme de correction de l'exécution défectueuse par le débiteur à ses propres frais, et donnent à la partie lésée ce à quoi il est en droit de s'attendre en vertu du contrat. Les moyens visant à la correction sont fortement recommandés dans la mesure où ils favorisent la préservation du contrat. Ils peuvent être exigés par la partie lésée au titre de son droit à l'exécution²⁵³. Dans certains systèmes juridiques²⁵⁴, à certaines conditions, la partie en défaut a le droit de corriger la situation même après l'expiration du délai d'exécution. Pour ce faire, elle doit donner une notification raisonnable pour ce qui est de sa date, de son contenu et de la façon dont elle est effectuée. Cela se traduit par des délais d'exécution supplémentaires, au moins pour une courte période, au-delà de ce qui est stipulé dans le contrat.

5.55. *Limitations du droit à effectuer la correction.* Dans certaines circonstances, toutefois, la correction peut ne pas être autorisée, par exemple lorsqu'il ne serait pas raisonnable de permettre au débiteur de faire une nouvelle tentative d'exécution. Il en serait ainsi lorsque le défaut d'exécution est équivalent à une inexécution essentielle, de même que si la partie lésée peut démontrer un intérêt légitime à refuser la correction. Il peut y avoir par exemple intérêt légitime s'il est probable que le débiteur causera des dommages personnels ou matériels en essayant de se corriger. D'un autre côté, il n'y a pas d'intérêt légitime si, sur la base de l'inexécution, la partie lésée a simplement décidé qu'elle ne souhaite pas poursuivre les relations contractuelles. La plupart des systèmes juridiques ont un principe d'indemnisation intégrale des dommages subis²⁵⁵. Un investisseur qui a procédé avec succès à la correction est néanmoins tenu du préjudice

²⁵³ *Id.*, article 7.2.3 (Réparation et remplacement).

²⁵⁴ *Id.*, article 7.1.4 (Correction par le débiteur).

²⁵⁵ *Id.*, article 7.4.2 (Réparation intégrale).

occasionné par l'inexécution avant la correction, ainsi que de tout préjudice supplémentaire.

5.56. *Clause contractuelle sur le droit à la correction.* Il est conseillé aux parties de prévoir dans le contrat la possibilité de remédier aux manquements et d'organiser la procédure de sa mise en œuvre, en particulier lorsque l'inexécution en question est un motif de résiliation. La procédure peut être convenue par voie de consultations entre les parties, ou fixée par la partie lésée, au moyen d'une notification indiquant un délai précis dans lequel la correction doit être achevée.

2. Moyens pécuniaires

5.57. *Introduction.* Il existe des moyens qui ne procurent pas à la partie lésée le même type d'avantage escompté, mais une valeur pécuniaire qui remplace cet avantage. C'est, par exemple, la logique qui préside à une demande de dommages-intérêts en tant que moyen unique, ou à une réduction de prix en cas d'exécution défectueuse ou partielle.

a) Réduction de prix

5.58. *En général.* Dans la pratique contractuelle, une réduction de prix peut être demandée en cas de manquement pour non-conformité ou de livraison partielle. En général, le moyen vise à préserver la relation contractuelle et à rééquilibrer les valeurs des prestations échangées. Il est mis en œuvre lorsque l'une des prestations est défectueuse ou incomplète et que la partie lésée ne souhaite pas ou ne peut pas obtenir une exécution en nature ou mettre fin au contrat. Il n'est généralement pas nécessaire que l'inexécution soit essentielle pour demander une réduction de prix.

5.59. *Application.* Le contrat peut définir les critères de réduction de prix qui incluent souvent une dimension de sanction avec un ajustement progressif du prix en fonction de la gravité de l'inexécution. Toutefois, selon la loi applicable et lorsque celle-ci le permet, le droit du débiteur de corriger l'inexécution défectueuse pourrait faire obstacle à une réduction de prix.

5.60. *Exemples.* La réduction de prix peut être appliquée dans les CITA lorsque le concédant ne remplit pas ses obligations, par exemple lorsqu'il ne construit pas les installations qu'il s'était engagé à construire. Dans ce cas, le montant des loyers à payer par l'investisseur peut être réduit. La réduction du prix peut également s'appliquer lorsque l'investisseur doit faire face à une augmentation des certaines dépenses qui ont augmenté ses propres coûts en raison des actions ou de l'inaction de la contrepartie (par

exemple, le gouvernement ne répare pas le système d'irrigation dont il est le propriétaire).

b) Dommages-intérêts

5.61. *En général.* Les réparations pécuniaires sont exclusivement destinées aux cas de contravention au contrat et ne peuvent s'appliquer aux cas exceptés de responsabilité. Les dommages-intérêts peuvent être demandés en combinaison avec d'autres moyens ou à titre exclusif et, dans ce cas, l'objectif est normalement de placer la partie lésée dans la position qu'elle aurait eue si le contrat avait été exécuté comme prévu. Les dommages-intérêts couvrent généralement les coûts engagés et les pertes de profits.

5.62. *Preuve de la perte ou du préjudice.* Contrairement aux cas où l'inexécution du contrat peut suffire à l'obtention de dommages-intérêts, la partie lésée doit prouver qu'elle a subi une perte ou un préjudice. Toutefois, certains systèmes juridiques renversent la charge de la preuve, de sorte que la partie lésée doit simplement prouver l'inexécution, et la partie en défaut devra prouver qu'aucun préjudice n'a été causé ou que le préjudice n'est pas imputable à l'inexécution. Afin d'évaluer si une inexécution a occasionné une perte ou un préjudice, les systèmes juridiques peuvent utiliser plusieurs critères: la réparation intégrale, la certitude et la prévisibilité sont les plus courants.

5.63. *Réparation intégrale.* La réparation intégrale est un principe généralement admis qui peut concerner toute perte subie et tout gain dont la partie lésée a été privée, lorsqu'il est établi qu'il existe un lien de causalité adéquat. Un tel préjudice peut être compris au sens large au-delà des effets pécuniaires, et comprendre, notamment, la souffrance physique ou morale.

5.64. *Certitude.* La réparation est due uniquement en cas de préjudice établi avec un degré raisonnable de certitude ²⁵⁶. Par exemple, la simple possibilité que le contractant puisse être privé de gains en raison d'un retard de livraison par le producteur pourrait ne pas remplir le critère de certitude, à moins qu'il existe des négociations concrètes, voire un contrat d'achat de la production contraignant avec un tiers. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent la perte d'une chance, mais seulement en proportion de la probabilité qu'elle survienne.

²⁵⁶ *Id.*, article 7.4.3 (Certitude du préjudice).

5.65. *Prévisibilité.* Le débiteur n'est normalement responsable que du préjudice qui était prévisible ou qui aurait pu être raisonnablement prévu au moment de la conclusion du contrat ²⁵⁷. Les parties peuvent définir de façon détaillée ce qui constitue des pertes prévisibles. Il est conseillé au concédant de noter que les dispositions contractuelles pourraient permettre à l'investisseur d'être indemnisé des dommages non prévisibles causés par l'inexécution du concédant.

5.66. *Montant des dommages-intérêts.* Si des dommages-intérêts sont dus, ils devraient couvrir la totalité du préjudice, y compris le dommage effectif et le manque à gagner. En règle générale, l'indemnisation correspond à la perte de valeur de l'exécution attendue (déduction faite cependant de l'économie résultant de l'absence de contre-prestation). Cette perte ne peut toutefois pas être indemnisée si elle a déjà donné lieu à une réduction du prix pour le même montant. Lorsque la partie lésée opte pour une opération de remplacement, selon la loi applicable, l'indemnisation équivaut normalement à la différence entre le prix fixé dans le contrat et le prix de remplacement (le prix obtenu dans l'opération de remplacement).

5.67. *Mode de calcul.* Dans certains systèmes juridiques, l'indemnisation à laquelle peut prétendre la partie lésée est calculée de façon à rétablir celle-ci dans la position qui était la sienne avant la conclusion du contrat. Cette méthode prend en compte les dépenses engagées en vue ou dans le cadre de l'exécution, auxquelles elle retranche les pertes que la partie lésée aurait encourues si le contrat avait été exécuté et dont la partie défaillante peut apporter la preuve avec une certitude raisonnable.

5.68. *Clause contractuelle sur les types de dommages-intérêts.* Les parties à un contrat peuvent normalement, en vertu de la loi applicable, déterminer le type de dommages-intérêts qu'il est possible d'obtenir ainsi que leur montant, par le biais des stipulations contractuelles. Les clauses de non-responsabilité peuvent définir des normes de responsabilité ou concerner les dommages. Les parties peuvent limiter le montant des dommages-intérêts qu'il est possible d'obtenir et modifier le principe de réparation intégrale, par exemple en excluant ou en limitant les dommages-intérêts pour préjudice indirect.

5.69. *Clause contractuelle sur le montant des dommages-intérêts.* Les parties peuvent rédiger des clauses pour fixer à l'avance le montant des dommages-intérêts à verser en cas de manquement. Ces clauses peuvent contribuer à réduire les frais de contentieux (par exemple en produisant des

²⁵⁷ *Id.*, article 7.4.4 (Prévisibilité du préjudice).

preuves et en quantifiant les dommages) et tendent à inciter à l'exécution, notamment en énumérant des valeurs et des frais que les tribunaux ne seraient pas en mesure d'évaluer (par exemple, des préjudices immatériels, le coût des investissements effectués en se fondant sur une exécution du contrat, etc.).

5.70. *Clauses pénales.* Les clauses pénales prévoient le paiement d'une somme d'argent prédéterminée en cas d'inexécution, quel que soit le préjudice effectivement subi. Selon la clause, elle peut avoir pour effet soit d'augmenter, soit de limiter – ce qui est très rare dans la pratique – l'indemnisation due au créancier. Si les clauses visant à faciliter l'allocation de dommages-intérêts sont une pratique courante et généralement admise dans le droit interne, certains systèmes juridiques interdisent celles qui visent expressément à dissuader l'inexécution à titre de sanction. D'autres systèmes juridiques autorisent de telles clauses, mais autorisent le tribunal à réduire le montant dû lorsqu'il est considéré comme manifestement excessif dans les circonstances ²⁵⁸.

5.71. *Interaction entre les clauses de dommages-intérêts et les clauses pénales.* La liberté de fixer des pénalités pécuniaires en raison de l'inexécution peut, dans certains systèmes juridiques, faire l'objet d'interdiction, de limitation ou être susceptible de révision. La liberté contractuelle peut se trouver limitée selon l'étendue des exclusions de responsabilité, selon que le manquement est essentiel ou non et que le comportement de la partie défaillante est intentionnel ou téméraire.

c) *Intérêts et indemnités de retard*

5.72. *En général.* Dans certains systèmes juridiques, les obligations pécuniaires, telles que le paiement des loyers fonciers ou les prix des produits ou les dommages-intérêts, sont associées à l'obligation de payer des intérêts. Les intérêts sont souvent prévus par le droit des contrats au niveau national et international en cas de retard de paiement d'obligations de sommes d'argent, notamment du prix ²⁵⁹. Par conséquent, des intérêts sont dus dès lors qu'une partie exerce son droit à demander à faire un paiement différé. Si l'autre partie choisit de mettre fin au contrat, les intérêts dus peuvent être déterminés en tenant compte du délai de retard de paiement et du temps nécessaire pour effectuer une opération de remplacement. Le paiement d'intérêts n'exige généralement pas d'apporter

²⁵⁸ *Id.*, article 7.4.13 (Indemnité établie au contrat).

²⁵⁹ *Id.*, article 7.4.9 (Intérêts pour non-paiement de somme d'argent).

la preuve effective du préjudice subi par la partie lésée. Cependant, il ne limite en rien le droit de la partie lésée à demander une réparation pour le préjudice supplémentaire qu'elle aurait subi. Dans ce dernier cas, le demandeur devra fournir des preuves spécifiques et le préjudice devra satisfaire aux critères habituels de prévisibilité et de certitude ²⁶⁰.

3. Renégociation et adaptation du contrat

5.73. *Introduction.* Si la certitude des obligations contractuelles est un principe important pour répondre aux attentes des parties, soutenant ainsi la stabilité du contrat, certaines circonstances peuvent être convenues par les parties ou prévues par la loi applicable, ce qui peut conduire à une renégociation ou à une adaptation du contrat.

5.74. *Mécanismes d'atténuation des risques.* Pour tenir compte de l'évolution des circonstances sans devoir renégocier l'ensemble du contrat, les parties devraient adopter des mécanismes d'atténuation des risques en insérant une clause d'adaptation ou de révision périodique dans leur contrat. Ainsi, une clause de révision des prix peut être utilisée pour limiter les risques (par exemple, les fluctuations monétaires ou l'inflation). Ces clauses prévoient souvent un ajustement automatique du prix selon une procédure préétablie déclenchée par une dépréciation ou une appréciation de la devise dans laquelle le prix est libellé au-dessus d'un seuil convenu, habituellement exprimé comme un pourcentage du prix unitaire. D'autres mécanismes d'ajustement des prix peuvent être utilisés pour limiter les risques liés aux fluctuations du marché.

5.75. *Renégociations et révision périodique.* Les renégociations et les révisions périodiques par les parties sont possibles pendant l'exécution du contrat à condition que chacune d'elles y consente à ce moment ou que cela soit prévu dans le contrat. Les parties peuvent convenir dans le contrat que la renégociation aura lieu, ou pourra être envisagée à la survenance de certains événements, et selon une procédure préétablie. Les parties peuvent également inclure une disposition sur l'examen périodique, qui peut être prévu à intervalles périodiques ou lors de la survenance de certains événements (voir le Chapitre 4.V.A sur l'examen périodique).

²⁶⁰ *Id.*, articles 7.4.3 (Certitude du préjudice) et 7.4.4 (Prévisibilité du préjudice).

4. Résiliation

5.76. *La résiliation comme moyen en cas d'inexécution.* Le terme "résiliation" (ou des termes équivalents que l'on trouve dans la pratique contractuelle) peut couvrir différentes situations, allant de l'expiration du contrat à la date prévue ou plus tôt par accord mutuel des parties, ou la résiliation par l'une des parties dans l'exercice d'un droit prévu par le contrat ou par la loi. Le Chapitre 6 traite de la résiliation à l'expiration du contrat et d'un commun accord. La présente section envisage la fin du contrat par résiliation comme moyen en cas d'inexécution, qu'elle résulte d'un cas exempté de responsabilité ou d'une contravention au contrat.

5.77. *En général.* La résiliation est un moyen drastique en cas de rupture de contrat. En effet, elle peut avoir des effets bien au-delà de la relation contractuelle spécifique et affecter d'autres parties prenantes. Dans les relations à long terme, en particulier lorsque plusieurs parties adhèrent au contrat ou lorsqu'il existe des contrats connexes, il est vivement recommandé aux parties de convenir à l'avance que la résiliation ne peut intervenir avant un certain laps de temps, au cours duquel les parties auront recours à des moyens coopératifs, notamment la possibilité donnée à la partie défaillante de corriger l'inexécution.

5.78. *Inexécution fondamentale.* La résiliation ne devrait s'appliquer habituellement qu'en cas d'inexécution essentielle (également appelée "substantielle" ou "fondamentale"). Certains systèmes juridiques limitent le recours à la résiliation du contrat aux cas dans lesquels l'inexécution remplit certains critères: elle prive substantiellement la partie lésée de ce qu'elle était en droit d'attendre du contrat (dans les limites de la prévisibilité); est intentionnelle ou téméraire; ou est telle que le créancier n'a aucune raison de croire que l'exécution aura lieu ²⁶¹.

5.79. *Résiliation et clauses pénales.* Selon les circonstances de l'inexécution, les clauses pénales peuvent être plus appropriées que la résiliation. Il existe une myriade de motifs de résiliation dans les CITA (par exemple, des conflits avec la communauté locale au sujet des droits sur la zone d'investissement; le non-respect des conditions de récolte prescrites; le non-respect des obligations contractuelles dans le délai prescrit; le défaut de commencer l'exploitation de la terre dans les délais convenus, etc.).

5.80. *Procédure.* La procédure à respecter pour mettre fin à un contrat dépend de la loi applicable: la partie initiant la résiliation pourrait devoir

²⁶¹ *Id.*, article 7.3.1 (Droit à la résolution).

saisir un tribunal, ou pourrait se contenter d'adresser un avis écrit à l'autre partie. Le droit applicable peut autoriser les parties à suivre une procédure extrajudiciaire si une clause résolutoire (permettant de mettre fin au contrat moyennant notification) est incluse dans le contrat ou si un avis est adressé formellement à la partie défaillante indiquant un délai pour que cette partie s'acquitte de son obligation. De plus, les systèmes juridiques ne prévoient pas toujours les mêmes délais pour notifier la résolution à la partie défaillante. Au niveau international, la partie lésée doit faire parvenir à l'autre partie une notification dans un délai raisonnable à partir du moment où elle a eu connaissance du manquement ²⁶². L'utilisation d'une notification est importante lorsqu'elle est associée à une période de grâce pendant laquelle le contractant peut exécuter son obligation, empêchant ainsi de mettre fin au contrat, au moins pendant cette période. Ce moyen de dernier ressort peut jouer une fonction importante dans les contrats de longue durée ou dans les contrats ayant demandé à l'une des parties des investissements importants.

5.81. *Résiliation totale ou partielle.* Lorsque le contrat consiste en une série d'obligations et qu'une partie ne s'acquitte pas de l'une de ces obligations, selon la loi applicable, la partie lésée peut ne pas être fondée à mettre fin à l'ensemble du contrat. Dans le cadre des contrats à livraisons successives, par exemple, si l'une des livraisons due est totalement non conforme, alors que toutes les autres sont conformes aux spécifications du contrat, la résiliation peut concerner uniquement la livraison non conforme. Selon que la résiliation est totale ou partielle, toutes les obligations ou seulement certaines seront affectées par la résiliation. Seules les exécutions concernées par la résiliation doivent être restituées. En effet, comme la résiliation totale libère les parties de toutes leurs obligations, toutes celles qui ont éventuellement déjà été exécutées doivent être restituées. En cas de résolution partielle, les obligations non modifiées par la résiliation (par exemple, des livraisons de bananes déjà effectuées) sont maintenues sans qu'il soit nécessaire de les restituer ²⁶³.

5.82. *Effets.* Lorsqu'il est mis fin au contrat, les parties se trouvent généralement libérées de leurs obligations en vertu du contrat mais non pas de leurs obligations post-contractuelles, qui peuvent persister même après la résiliation. Par exemple, les parties peuvent convenir qu'après la date de

²⁶² Pour les contrats du commerce international, une règle semblable est établie à l'article 7.3.2(2) des Principes d'UNIDROIT et, pour les contrats de vente internationale à l'article 64(2), CVIM.

²⁶³ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 3.2.13 (Annulation partielle).

résiliation du CITA, l'investisseur devra retirer les biens situés sur les terres dans un délai donné. De façon similaire, certaines obligations de développement (par exemple de construire ou d'entretenir des infrastructures) peuvent subsister après la fin du contrat.

5.83. *Obligations de transformation.* Certains contrats d'investissement ou accords connexes comportent des obligations de transformation agro-industrielle. C'est notamment le cas pour la production de denrées périssables qui doivent être transformées rapidement ou pour les entreprises qui visent le marché intérieur (voir le Chapitre 4.II.C). Dans ces situations, les parties devraient indiquer clairement dans le contrat les conséquences de chaque type d'inexécution sur l'ensemble du contrat d'investissement. Il en va de même si un contrat oblige l'investisseur à vendre un pourcentage de la production localement et que l'investisseur manque à cette obligation. Dans ces cas, la résiliation du contrat ne serait pas appropriée, et une clause pénale serait préférable à condition qu'elle soit valable en vertu de la loi applicable.

5.84. *Résiliation et dommages-intérêts.* Lorsqu'elle est fondée sur une contravention du contrat, la résiliation n'exclut normalement pas la possibilité de réclamer des dommages-intérêts. Elle n'affecte aucune disposition du contrat relative au règlement des différends ou régissant les droits et obligations des parties faisant suite à la résiliation ou l'inexécution (par exemple, l'obligation de payer une pénalité pour rupture du contrat ou l'obligation d'atténuer les dommages résultant de l'inexécution).

C. Cas d'inexécution et moyens correspondants dans le contexte des contrats d'investissement en terres agricoles

5.85. *Introduction.* La présente section donne un aperçu des inexécutions les plus courantes qui peuvent survenir en relation avec les différents types de droits et d'obligations identifiés dans le Guide (voir le Chapitre 4). Elle comprend un tableau indiquant ces inexécutions, les obligations respectives et les moyens correspondants possibles, étant entendu que les moyens applicables peuvent être prévus par les parties au contrat sous réserve des dispositions impératives. À défaut de disposition des parties dans le contrat, les règles impératives et supplétives de la loi applicable détermineront les moyens disponibles. Les parties peuvent concevoir et mettre en œuvre des moyens directement exécutoires ou peuvent devoir tenter une action en justice pour obtenir l'exécution d'un moyen contractuel ou légal. Même en l'absence de lien contractuel avec l'investisseur, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales (DDL & com. loc.) peuvent

faire valoir leurs droits en tant que tiers bénéficiaires (voir le Chapitre 2.III.C), ou avoir recours à des mécanismes de réclamation (voir le Chapitre 7.I).

5.86. Le tableau traite les moyens en cas d'inexécution par l'investisseur de ses obligations (1) et les moyens en cas d'inexécution par le concédant de ses obligations (2). Toutefois, il ne traite pas les cas d'inexécution constituant un cas de force majeure ou d'autres motifs d'exonération d'exécution; des moyens pour inexécution d'obligations réglementaires nationales (en vertu par exemple du droit fiscal, du droit du travail, des droits de l'homme, des dispositions de protection de l'environnement, etc.), du droit coutumier (par exemple droits autochtones ou de protection de l'environnement) ou d'accords internationaux sur les investissements, ou encore des moyens ayant un autre fondement que le contrat (par exemple en matière délictuelle ou en vertu du droit des biens).

1. Moyens du concédant et des détenteurs de droits fonciers légitimes et communautés locales (DDL et com. loc.) pour l'inexécution par l'investisseur de ses obligations

Inexécution par l'investisseur de ses obligations	Moyens du concédant	Moyens des DDL & com. loc.
OBLIGATIONS RELATIVES AUX DROITS FONCIERS		
Utilisation non autorisée de la terre (par ex. concernant les cultures) (voir para. 4.14) Utilisation non autorisée, excessive ou inappropriée des ressources (par ex. bois, ressources du sous-sol, eau, etc.) (voir paras. 4.16, 4.17 et 4.18)	Selon la gravité de l'inexécution, notamment au regard des incidences possibles sur les DDL & com. loc. et sur l'environnement Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61) Adaptation du contrat (par ex. augmentation des montants pécuniaires ou des obligations concernant	Selon leur participation en tant que parties à un CITA, parties à un accord connexe ou tiers bénéficiaires Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61) Adaptation du contrat: par ex. augmentation des montants pécuniaires ou des obligations concernant les infrastructures sociales, réallocation des droits

*Gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre:
inexécution et moyens contractuels*

<p>Violation des droits d'accès à la terre, aux ressources ou aux infrastructures des DDL & com. loc. (voir paras. 4.22 et 4.25)</p>	<p>les infrastructures sociales, réallocation des droits connexes (voir paras. 5.73 et 5.74)</p> <p>Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services (voir para. 5.50)</p> <p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.56)</p> <p>Renégociation du contrat (voir para. 5.75)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.76, 5.77 et 5.78)</p>	<p>connexes (voir paras. 5.73 et 5.74)</p> <p>Moyens en vertu des accords entre investisseur et communauté (voir para. 4.106)</p> <p>Moyens dérivant de l'exercice des moyens par le concédant ²⁶⁴ (voir paras. 4.164 et 5.50)</p> <p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.56)</p> <p>Résiliation (voir paras. 5.76, 5.77 et 5.78)</p> <p>Demandes en vertu de mécanismes de réclamations (voir paras. 7.2, 7.4 et 7.7)</p>
OBLIGATIONS RELATIVES AU DÉVELOPPEMENT DU PROJET		
<p>Inexécutions relatives à la livraison de biens ou à la prestation de services convenus (par exemple, concernant les objectifs quantitatifs de production, d'étendre la zone cultivée ou de construire et exploiter une installation de transformation) (voir para. 4.40)</p>	<p>Selon la nature de l'inexécution (tardive, défectueuse ou inexécution totale) et le type de l'obligation, et de sa gravité (essentielle ou non)</p> <p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Renégociation / adaptation du contrat (voir para. 5.75)</p> <p>Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services (voir para. 5.50)</p>	

²⁶⁴ Par exemple, la résiliation du contrat investisseur/gouvernement-concédant entraînera en principe la résiliation des contrats connexes ou liés entre l'investisseur et les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales.

	<p>Action en justice pour obtenir l'exécution en nature (selon le système juridique) (voir para. 5.51)</p> <p>Octroi d'un délai supplémentaire pour l'exécution (voir para. 5.53)</p> <p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.56)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>	
OBLIGATIONS RELATIVES AUX QUESTIONS SOCIALES ET ÉCONOMIQUES		
<p>Contributions monétaires</p> <p>Inexécutions concernant les obligations pécuniaires (paiement des loyers, des impôts et redevances pour les services, etc.)</p> <p>Incapacité à atteindre les objectifs de l'emploi (voir para. 4.57)</p>	<p>Selon la nature de l'inexécution (tardive, paiement partiel ou défaut total de paiement)</p> <p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services (voir para. 5.50)</p> <p>Action en justice pour obtenir paiement (voir para. 5.51)</p> <p>Octroi d'un délai supplémentaire pour l'exécution (voir para. 5.53)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>	

*Gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre:
inexécution et moyens contractuels*

<p>Création d'emplois, accès à l'emploi et droits sociaux</p> <p>Inexécution concernant les objectifs de création d'emplois (voir para. 4.72)</p> <p>Inexécution des services prévus pour les employés (par ex. services de soins, logement ou éducation) (voir para. 4.80)</p> <p>Non-respect des exigences locales en matière de transformation (voir paras. 4.85 et 4.88)</p>	<p>Adaptation du contrat (par ex. augmentation des montants pécuniaires ou des obligations concernant les infrastructures sociales) (voir paras. 5.73 et 5.74)</p> <p>Renégociation / adaptation du contrat (voir para. 5.75)</p> <p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.56)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>	<p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Renégociation / adaptation de l'accord (voir para. 5.75)</p> <p>Moyens en vertu des accords entre investisseur et communauté (voir para. 4.106)</p> <p>Moyens dérivant de l'exercice des moyens par le concédant (voir paras 4.164 et 5.50)</p> <p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.56)</p> <p>Demandes en vertu de mécanismes de réclamations (voir paras. 7.2, 7.4 et 7.7)</p>
<p>Agriculture contractuelle, programmes de sous-traitance et relations de chaînes d'approvisionnement</p> <p>Incapacité de mettre en place un programme d'agriculture contractuelle conformément à certains critères et délais (voir para. 4.97)</p>	<p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.56)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>	<p>Demandes en vertu de mécanismes de réclamations (voir paras. 7.2, 7.4 et 7.7)</p> <p>Sous réserve d'un accord avec les parties prenantes concernées (agriculteurs), une augmentation du nombre d'emplois sur l'exploitation à fournir à la partie prenante ou à sa famille (voir para. 4.76).</p>

<p>Inexécution des obligations concernant les programmes de plantations satellites (par ex. concernant la quantité, qualité et prix du produit à acheter, les intrants et le soutien technique à fournir aux agriculteurs et leurs prix, les conditions de crédit, etc.) (voir paras. 5.58 et 5.60)</p>	<p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.56)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>	<p>Moyens en vertu d'accords d'agriculture contractuelle avec l'investisseur voir para. 4.99)</p> <p>Moyens dérivant de l'exercice des moyens par le concédant (voir paras. 4.164 et 5.50)</p>
<p style="text-align: center;">Fonds de développement communautaire et infrastructures sociales</p> <p>Défaut de fournir les apports monétaires ou les contributions en nature pour les infrastructures sociales et les projets communautaires (par ex. des écoles ou des centres de soin)</p>	<p>Adaptation du contrat: par ex. augmentation des montants pécuniaires (voir paras. 5.73 et 5.74)</p> <p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.56)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>	<p>Moyens en vertu des accords entre investisseur et communauté (voir para. 4.106)</p> <p>Moyens dérivant de l'exercice des moyens par le concédant (voir paras. 4.164 et 5.50)</p> <p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.56)</p> <p>Demandes en vertu de mécanismes de réclamations (voir paras. 7.2, 7.4 et 7.7)</p>

*Gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre:
inexécution et moyens contractuels*

OBLIGATIONS RELATIVES À L'ENVIRONNEMENT		
<p>Utilisation non autorisée, excessive ou inappropriée des ressources (par ex. eau) (voir paras. 4.18 et 4.115)</p> <p>Inexécution des obligations concernant la protection environnementale (par ex. concernant les cultures et techniques de production, la gestion des déchets) (voir paras. 4.116, 4.120 et 4.121)</p> <p>Atteinte aux droits des DDL et com. loc. concernant la durabilité environnementale, les savoirs traditionnels et le patrimoine culturel (voir paras. 4.117, 4.118 et 4.119)</p>	<p>Selon la gravité de l'inexécution</p> <p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.54)</p> <p>Adaptation du contrat (par ex. augmentation des montants pécuniaires ou des obligations concernant les infrastructures sociales, réallocation des droits à l'eau) (voir paras. 5.73 et 5.74)</p> <p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Renégociation du contrat (voir para. 5.61)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>	<p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.54)</p> <p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Renégociation / adaptation de l'accord (voir paras. 5.73-5.75)</p> <p>Moyens en vertu de accords entre investisseur et communauté (voir para. 4.106)</p> <p>Demandes en vertu de mécanismes de réclamations (voir para. 7.6)</p>
OBLIGATIONS RELATIVES À LA SÉCURITÉ PHYSIQUE		
<p>Inexécution des activités de sécurité convenues (par ex. violation des droits humains et appropriation abusive) (voir paras. 4.134 et 4.135)</p>	<p>Atténuation des risques (voir para. 5.74)</p> <p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.54)</p> <p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Renégociation du contrat (voir para. 5.75)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>	<p>Demandes en vertu de mécanismes de réclamations (voir para. 7.6)</p>

OBLIGATIONS RELATIVES AU SUIVI ET À LA MISE EN ŒUVRE		
<p>Inexécution concernant la remise des rapports environnementaux, financiers et non-financiers aux parties (voir paras. 4.171 et 4.172)</p> <p>Inexécution concernant la mise à disposition du public et des DDL et com. loc. des rapports convenus, financiers et non-financiers (voir para. 4.173)</p>	<p>Selon la nature de l'inexécution: rapports tardifs, incomplets, inexacts, absence totale de rapport (voir para. 4.172)</p> <p>Octroi d'un délai supplémentaire pour l'exécution (voir para. 5.53)</p> <p>Demande de corriger le défaut dans un délai déterminé (voir para. 5.54)</p> <p>Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services (voir para. 5.50)</p> <p>Action en justice pour obtenir une exécution en nature (selon le système juridique) (voir para. 5.51)</p> <p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>	

2. Moyens de l'investisseur pour l'inexécution par le concédant de ses obligations

Inexécution par le concédant de ses obligations	Moyens de l'investisseur
OBLIGATIONS RELATIVES AUX DROITS FONCIERS	
<p>Violation de la clause d'option ou de la clause de préférence concernant l'octroi de terres supplémentaires</p>	<p>Selon que l'inexécution est essentielle ou non</p> <p style="padding-left: 40px;">Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p style="padding-left: 40px;">Renégociation / adaptation du contrat (voir paras. 5.73, 5.74 et 5.75)</p> <p style="padding-left: 40px;">Résiliation (voir para. 5.78)</p>
<p style="text-align: center;">Violations concernant les droits fonciers et droits connexes</p> <p>Concernant l'accès et l'utilisation des terres et des ressources convenues (voir paras. 4.13, 4.14 et 4.15)</p> <p>Concernant la fourniture des installations convenues (voir para. 4.21)</p> <p>Concernant la fourniture des services convenus (voir paras. 4.22 et 4.23)</p>	<p>Selon la nature de l'inexécution (tardive, défectueuse ou inexécution totale) et le type de l'obligation, et de sa gravité (essentielle ou non)</p> <p style="padding-left: 40px;">Octroi d'un délai supplémentaire pour l'exécution (voir para. 5.53)</p> <p style="padding-left: 40px;">Suspension du paiement des loyers (voir para. 5.50)</p> <p style="padding-left: 40px;">Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services (voir para. 5.50)</p>
<p style="text-align: center;">Inexécution concernant les infrastructures</p> <p>Concernant la fourniture des infrastructures convenues et leur entretien (par ex. services publics de voies d'accès et services d'eau, d'électricité, de gestion des déchets) ou des infrastructures destinées spécifiquement à l'investissement (voir paras. 4.25 et suivants)</p>	<p>Actions de correction (par ex. réparation du système d'irrigation) (voir para. 5.54)</p> <p>Réduction des loyers ou autres obligations financières (voir paras. 5.58 et 5.59)</p> <p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Renégociation / adaptation du contrat (voir paras. 5.73, 5.74 et 5.75)</p> <p style="padding-left: 40px;">Résiliation (voir para. 5.78)</p>

<p>Inexécution concernant la délivrance d'autorisations</p> <p>Défaut / retard de délivrer les autorisations, licences et permis nécessaires (voir paras. 4.146 et 4.147)</p>	<p>Octroi d'un délai supplémentaire pour l'exécution (voir para. 5.53)</p> <p>Suspension du paiement des loyers (voir para. 5.50)</p> <p>Suspension de la fourniture correspondante d'intrants et de services (voir para. 5.50)</p> <p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Renégociation / adaptation du contrat (voir paras. 5.73, 5.74 et 5.75)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>
<p>OBLIGATIONS RELATIVES À LA PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT</p>	
<p>Défaut de fournir la sécurité suffisante pour protéger l'investissement (voir paras. 4.134 et 4.135)</p>	<p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>
<p>Violation de la clause de stabilisation (voir paras. 4.137, 4.138 et 4.140)</p>	<p>Renégociation / adaptation du contrat (voir paras. 5.73, 5.74 et 5.75)</p> <p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>
<p>OBLIGATIONS RELATIVES AU SUIVI ET À LA MISE EN ŒUVRE</p>	
<p>Violation de l'obligation de confidentialité (voir paras. 4.176 et 4.178)</p>	<p>Droit à des dommages-intérêts (voir para. 5.61)</p> <p>Résiliation (voir para. 5.78)</p>

CHAPITRE 6

TRANSFERT DES DROITS ET OBLIGATIONS EN VERTU DU CONTRAT ET RESTITUTION DES DROITS FONCIERS

6.1. *Vue d'ensemble.* Le présent Chapitre traite des questions relatives (I) au transfert du projet d'investissement ou des droits et obligations découlant des CITA, en particulier d'un investisseur à un autre et (II) à la restitution des terres à la fin du contrat. Il est important de prévoir ces questions afin d'assurer que tout transfert s'effectue conformément aux critères de responsabilité et durabilité du projet, que les terres restent productives et que tous les droits fonciers reviennent à ceux qui les ont accordés ou y ont renoncé en faveur du projet d'investissement.

I. LE TRANSFERT

6.2. *En général.* Les droits et obligations découlant des CITA, notamment les projets d'investissement eux-mêmes, peuvent être transférés d'un investisseur (l'investisseur initial) à un autre investisseur (le nouvel investisseur). Le terme "transfert", ou des termes équivalents qui peuvent être utilisés dans les droits nationaux, les instruments internationaux et la pratique contractuelle (tels que "cession"²⁶⁵ ou "acquisition"), est une modalité par laquelle l'investisseur transfère tout ou partie de ses droits et se libère de tout ou partie de ses obligations, notamment les droits d'accès ou d'utilisation des terres, mais aussi par exemple les droits concernant le transport et l'exportation des produits agricoles (voir le Chapitre 4.I) ainsi que l'obligation de recruter les populations locales et de fournir aux communautés locales des avantages sociaux et économiques (voir le Chapitre 4.II). Le terme "transfert" doit être entendu dans un sens large afin de couvrir toutes les possibilités de transfert de tout type de droits et obligations après la conclusion du contrat. Le transfert peut également se référer à la cession de l'ensemble du contrat, à la cession d'obligations ou de droits spécifiques, à la sous-location, ainsi qu'au changement d'investisseur (c'est-à-dire le transfert de la société qui a investi par l'intermédiaire du CITA, voir la Section B ci-dessous). Enfin,

²⁶⁵ Par exemple, les Principes d'UNIDROIT se réfèrent à "cession de créance" (articles 9.1.1 *et seq.*), "cession de dette" (articles 9.2.1 *et seq.*) et "cession de contrat" (article 9.3.1).

alors que les paragraphes suivants se concentrent principalement sur le transfert des droits et obligations d'un investisseur à un autre, il peut y avoir des cas où les droits sont transférés par le concédant (par exemple le transfert du droit de recevoir des loyers ou d'autres paiements).

6.3. *Justification économique.* Bien que le transfert de droits, d'obligations ou de l'ensemble du contrat d'un investisseur à un autre ne soit pas au cœur des activités agricoles, il peut être nécessaire pour diverses raisons (par exemple pour obtenir un financement) et dans différentes situations (par exemple l'inexécution des obligations contractuelles par une des parties contractantes, l'insolvabilité de l'investisseur, la non-rentabilité du terrain, etc.). La nécessité d'un transfert pourrait se faire sentir, par exemple, si un investissement ne génère pas les avantages économiques escomptés et entraîne des incidences négatives importantes ou si l'investisseur n'a plus la capacité (par exemple l'expertise technique) d'assurer le succès du projet. Par conséquent, un tel transfert peut réduire le risque de résiliation désordonnée du contrat et augmenter les chances de poursuivre les activités économiques. Il peut également rendre l'opération plus rentable lorsque certaines obligations sont transférées à un nouvel investisseur spécialisé (par exemple dans la construction d'infrastructures hydrauliques ou ayant l'expertise en matière de surveillance). Enfin, le transfert peut permettre des investissements supplémentaires pour le développement foncier (avec un investisseur disposant des capitaux ou moyens nécessaires pour revitaliser ou améliorer le projet).

6.4. *Transfert de droits, transfert d'obligations et transfert du contrat.* Trois types de transfert sont à distinguer. Premièrement, la cession de droits couvre les cas dans lesquels une partie transfère à une autre personne ses droits au paiement d'une somme d'argent ou à recevoir une autre prestation. Le concédant, par exemple, a généralement le droit de recevoir des paiements pour l'octroi des droits fonciers et des droits connexes. Le droit applicable permettra habituellement au concédant de céder librement ce droit au paiement à un tiers (par exemple un organisme gouvernemental, une collectivité locale). Deuxièmement, les CITA peuvent obliger une partie à payer une somme d'argent déterminée ou à fournir un service. Cette partie – généralement l'investisseur initial – peut souhaiter transférer ces obligations à une autre partie (c'est-à-dire le nouvel investisseur). Les lois nationales varient considérablement en ce qui concerne les mécanismes utilisés pour transférer les obligations. Dans la plupart des pays cependant, ce transfert ne peut être effectué librement: soit l'investisseur initial conclut un accord avec le nouvel investisseur avec

le consentement du concédant et, le cas échéant, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, soit le concédant conclut directement un accord avec le nouvel investisseur ²⁶⁶. Troisièmement, la cession du contrat signifie que tous les droits et obligations d'une partie, dans la plupart des cas l'investisseur initial, sont transférés à un nouvel investisseur. Dans de nombreux pays, la cession du contrat nécessite également le consentement du concédant et, le cas échéant, des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales ²⁶⁷.

6.5. *Cadre juridique.* Les terres étant des biens sensibles pour les concédants, le droit interne prévoit souvent des restrictions à l'acquisition de terres dans des situations spécifiques. Ces restrictions varient d'un État à l'autre, découlent généralement de diverses sources qui se superposent à l'intérieur du système juridique de l'État (le droit constitutionnel, les lois nationales, le droit coutumier et le droit international, par exemple – voir le Chapitre 1), et tiennent souvent à la nationalité de l'investisseur, à l'étendue des terres agricoles et à leur zonage. Des restrictions peuvent exister avant la conclusion du contrat ou être rendues applicables ultérieurement, par exemple lorsqu'un investisseur manifeste l'intention de transférer une obligation à un nouvel investisseur. Dans les États qui ne sont pas dotés d'une réglementation spécifique et complète adaptée aux investissements fonciers, les parties peuvent utiliser le contrat pour combler cette lacune.

6.6. *Superposition de sources de droit.* De très nombreuses règles peuvent influencer sur le transfert des droits et des obligations liés aux investissements en terres agricoles, et les investisseurs doivent savoir que certains pays ont des réglementations spéciales concernant les terres agricoles. Dans la plupart des pays, le transfert des droits et obligations découlant de ces contrats est régi par le droit général des contrats et des obligations, mais aussi, entre autres, par le droit foncier, le droit rural, le droit des ressources naturelles et le droit de l'environnement. L'investisseur peut par conséquent être tenu dans certains pays à se conformer à différentes règles pour pouvoir effectuer le transfert, s'il est permis. Lorsqu'ils ne font pas l'objet de règles spécifiques en droit interne, les CITA peuvent comporter des dispositions similaires réglementant ces questions. Enfin, les règles contenues dans différentes sources de droit peuvent

²⁶⁶ Voir par exemple pour les contrats du commerce international les Principes d'UNIDROIT, articles. 9.2.1 et 9.2.3.

²⁶⁷ Voir par exemple les Principes d'UNIDROIT, article 9.3.3 ainsi que CNUDCI, 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, para. 62, p. 133.

s'appliquer de façon concomitante, par exemple concernant les investissements directs étrangers, la fiscalité, les droits et tarifs de l'eau, etc.

6.7. *Accords connexes.* Une autre question à prendre en considération est l'existence d'accords connexes au CITA principal (voir le Chapitre 2.III.B). En effet, les parties contractantes peuvent *conclure* des accords parallèles (par exemple, des accords de développement communautaire) avec d'autres parties, telles que les détenteurs de droits fonciers légitimes ou les communautés locales pour partager les avantages et fournir des emplois aux personnes locales. Ces accords connexes sont généralement liés au CITA principal conclu entre le concédant et l'investisseur initial. Afin d'assurer l'effectivité des droits après le transfert, il est souhaitable que les parties contractantes incluent une disposition prévoyant le transfert automatique des droits et obligations en vertu de l'accord connexe au nouvel investisseur.

6.8. *Rôle des concédants.* Le rôle et le pouvoir du concédant varient selon les États. Par exemple, la Constitution peut prévoir que la totalité des terres appartient à l'État ou bien autoriser la propriété tant publique que privée ²⁶⁸. Dans certains *systèmes* juridiques, les terres appartenant à l'État (par exemple les terres appartenant à la Couronne, les terrains domaniaux, les terres fédérales) sont davantage protégées que les terres de propriété privée. Les gouvernements ont la responsabilité de réglementation en matière d'attribution des terres, et notamment de transferts de terres afin de protéger les droits de leurs citoyens. Par conséquent, un concédant public ne cède généralement pas l'ensemble du contrat, mais seulement une partie de ses droits afin de conserver la propriété de la terre. En général, c'est l'investisseur qui transférerait ses obligations ou qui serait remplacé par le concédant.

A. Légalité de la validité du transfert et efficacité du transfert, formalités requises et restrictions

6.9. *Transfert en général.* Dans les CITA, les parties contractantes devraient savoir que la loi applicable peut imposer des exigences ou des limites au transfert des droits et *obligations* découlant du contrat. Les parties devraient donc s'assurer que tout transfert soit conforme au cadre juridique afin que le transfert soit valable et efficace. Sous réserve des lois

²⁶⁸ FAO. 2016. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°4, p. 33.

applicables, les parties peuvent envisager d'insérer dans leur contrat initial des clauses spécifiques sur le transfert des droits et obligations, de l'ensemble du contrat et sur le changement d'investisseur, en précisant l'étendue et les conditions dans lesquelles ce transfert est possible.

6.10. *Transfert des obligations: nécessité d'un accord.* Un transfert d'obligations valable exige un accord entre l'investisseur initial et le nouvel investisseur avec le consentement du concédant et, le cas échéant, des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales, ou entre le concédant et le nouvel investisseur avec le consentement de ces détenteurs et communautés ²⁶⁹. Souvent, le nouvel investisseur, le concédant et les autres parties contractantes concluront un nouvel accord. Ce nouveau contrat peut se référer au contrat précédent et prévoir expressément que le nouvel investisseur reprend les obligations de l'investisseur initial telles que stipulées dans le contrat précédent. Autrement dit, le nouvel investisseur se substitue à l'investisseur initial. Selon une autre modalité, le nouvel investisseur et le concédant peuvent décider de conclure un nouvel accord prévoyant de nouveaux droits et obligations. La formule retenue devrait être le résultat de la négociation entre les parties contractantes en consultation avec les parties prenantes (voir Chapitre 3.V.A). En outre, la conclusion d'un nouvel accord peut clarifier les droits et obligations du concédant et du nouvel investisseur, en particulier en ce qui concerne les droits fonciers et les droits connexes sur les terres et, le cas échéant, garantir que les droits des détenteurs légitimes de droits de propriété et des communautés locales sont protégés. Il peut aussi expressément libérer l'investisseur initial de ses obligations.

6.11. *Conditions de consentement, préavis et acceptation.* Les lois nationales exigent généralement que le concédant donne son consentement au transfert des obligations. Si la loi ne le prévoit pas, les parties contractantes devraient inclure une clause qui précise les conditions du consentement préalable du concédant. Le droit interne ou les contrats peuvent prévoir l'obligation pour l'investisseur initial de donner notification au concédant avant de transférer toute obligation, afin d'obtenir son consentement ou lorsque le consentement a été donné par avance ²⁷⁰. Par exemple, une clause peut prévoir que toute notification de transfert d'obligations doit être envoyée par l'investisseur initial six mois avant la réalisation et, si le concédant ne répond pas, la réponse est réputée négative et les obligations ne sont pas transférées. Les États dotés

²⁶⁹ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 9.2.1.

²⁷⁰ *Id.*, article 9.2.4

d'autorités administratives décentralisées peuvent également exiger l'approbation préalable du transfert par une administration centrale lorsque le transfert a été décidé par une autorité locale. Un simple transfert de certains droits n'impliquerait toutefois pas nécessairement un tel mécanisme. Par exemple, le droit du concédant de recevoir le paiement pour l'utilisation des terres peut être transféré à un autre organisme gouvernemental ou à une communauté locale sans le consentement préalable de l'investisseur. En revanche, si l'investisseur souhaite transférer ses droits fonciers, cela peut affecter la substance même du contrat parce qu'il s'agit d'un contrat essentiellement personnel; par conséquent, un tel transfert peut avoir le même effet que le transfert du contrat dans son intégralité et le concédant doit donner son consentement préalable. Il est également recommandé que les parties incluent dans le contrat une clause d'incessibilité qui limite ou interdit le transfert des droits fonciers, en considérant toutefois toujours l'efficacité d'une telle clause selon le droit interne applicable ²⁷¹.

6.12. *Détenteurs de droits fonciers légitimes et transfert.* Le transfert d'obligations devrait impliquer la consultation des communautés locales (voir le Chapitre 3.II) ²⁷². Les investisseurs et les concédants doivent connaître l'étendue des obligations qui leur incombent en vertu du droit interne et du droit international, et du fait que le contenu des droits fonciers peut varier d'un pays à l'autre. Dans certains systèmes, par exemple, les détenteurs de droits fonciers coutumiers peuvent être reconnus comme titulaires de droits fonciers légaux ²⁷³ ou inscrits au registre *foncier*. Dans d'autres systèmes, en revanche, les droits coutumiers peuvent ne pas être légalement reconnus et les détenteurs de droits fonciers légitimes ne bénéficieront pas de protection légale. De plus, il peut y avoir une superposition de droits différents sur les mêmes terres.

6.13. *Détenteurs de droits fonciers légitimes et consentement.* La reconnaissance des droits des communautés locales concernées devrait impliquer leur consultation en cas de transfert des obligations à un nouvel investisseur. Leur consentement est requis en tant que condition précontractuelle et comme faisant partie de la procédure de diligence requise, parce qu'ils sont détenteurs de droits sur la terre. Lorsque les droits coutumiers ne sont pas légalement reconnus, les parties devraient se

²⁷¹ *Id.*, article 9.2.9(2).

²⁷² Les VGGT, paras. 9.9 et 12.7.

²⁷³ FAO. 2016. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°4, p. 33.

conformer à leurs obligations internationales. Par exemple, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et la Convention de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux exigent que le CPLCC (consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause) s'applique aux peuples autochtones pour que le transfert soit réalisé ²⁷⁴. Même si l'information n'est pas facilement disponible, les parties devraient consulter les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, par exemple afin de confirmer que la zone est disponible et sans occupant. De plus, les parties doivent noter que la propriété privée et la propriété publique ne représentent pas les seules formes de droits fonciers. Certains États reconnaissent également les titres communautaires ou des droits qui se superposent.

6.14. *Accords connexes.* Les parties peuvent inclure des dispositions dans leur contrat ou dans des accords connexes avec les détenteurs de droits fonciers légitimes et la communauté locale pour partager les avantages du projet d'investissement en recrutant des travailleurs locaux ou en contribuant à un fonds de développement. Par exemple, les travailleurs locaux peuvent être directement touchés si l'investisseur initial décide de transférer le contrat à un nouvel investisseur qui n'offrira pas nécessairement les mêmes services aux populations locales. Le consentement des détenteurs et communautés est par conséquent important car le transfert peut impacter les aspects fondamentaux de leur relation contractuelle ²⁷⁵. Le consentement devrait être obtenu à la fois par le concédant et par l'investisseur initial avant la prise d'effet du transfert.

6.15. *Consentement informé.* L'investisseur qui souhaite transférer tout ou partie de ses droits et obligations en vertu du contrat d'investissement à un nouvel investisseur doit expliquer aux parties contractantes les raisons du transfert. Le nouvel investisseur devrait fournir des informations complètes sur son projet de la même manière que l'investisseur initial l'a fait lorsqu'il a acquis ses droits sur la terre (voir le Chapitre 3). En outre, si la *réponse* du concédant à l'avis de transfert peut être facilement obtenue, le consentement des détenteurs de droits fonciers légitimes ou des communautés locales peut nécessiter un engagement plus important de la part de l'investisseur initial et du nouvel investisseur. Le contrat devrait

²⁷⁴ ONU. 2007 Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007), article 10; et OIT. 1989 Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (1989), article 16.

²⁷⁵ FAO. 2016. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°4, p. 51.

préciser les conditions dans lesquelles le nouvel investisseur devra annoncer son projet auprès des détenteurs et communautés (les moyens de communication, la langue, les participants et la participation minimum), et le résultat du processus devrait être communiqué conformément à ces conditions.

6.16. *Restrictions au transfert.* Dans de nombreux pays, il peut y avoir des restrictions au transfert dans des situations spécifiques, par exemple lorsque le concédant détient le terrain lui-même, lorsque le terrain présente des caractéristiques spécifiques, lorsque l'investisseur n'est pas un ressortissant de l'État dans lequel le terrain est situé ou lorsqu'il y a un changement de contrôle de l'investisseur.

6.17. *Terres appartenant à l'État.* Comme souligné précédemment, dans certains pays, la propriété foncière revient à l'État. Par conséquent, les CITA ne peuvent prendre la forme de concessions de droits fonciers et de droits connexes que pour un temps déterminé. Dans d'autres pays, l'État peut détenir de vastes étendues de terres qui peuvent faire l'objet d'une protection renforcée (par exemple les terres de la Couronne, les terres domaniales et les terres fédérales). Lorsqu'un investisseur cherche à transférer ses obligations en vertu de baux portant sur les terres, de même que lorsqu'il conclut le contrat avec le concédant, un grand nombre d'autorisations peuvent être nécessaires. Par exemple, si les droits fonciers du concédant reposent sur une loi, un acte du parlement peut être requis. Dans les États décentralisés, des approbations fédérales et locales peuvent être requises.

6.18. *Restrictions concernant les opérations foncières à grande échelle.* Il convient de rappeler que le Guide n'entérine pas les opérations de transferts de terres à grande échelle. Toutefois, pour de telles opérations, certains systèmes exigent des autorisations spécifiques car ces investissements peuvent avoir des effets importants sur les intérêts des États (par exemple environnementaux, sociaux, économiques, etc.)²⁷⁶. Les droits nationaux appliquent souvent des mesures de sauvegarde en fonction des dimensions ou de la valeur des terres. Ainsi, un transfert pourrait nécessiter une autorisation si la surface concernée dépasse un certain seuil ou la valeur un certain plafond²⁷⁷. L'autorisation peut être de nature administrative ou législative. D'autres mécanismes juridiques existent dans certains

²⁷⁶ Les VGGT, paras. 12.6, 12.10.

²⁷⁷ FAO. 2016. Guide technique pour la gouvernance des régimes fonciers N°4, p. 33.

systèmes, comme l'organisation d'un référendum local, une première option d'achat pour le concédant ou même l'obligation de procéder à un appel d'offres. Les mesures de protection peuvent également s'appliquer lorsque les terres sont dans une zone classée de protection de l'environnement ²⁷⁸ ou renferment certaines ressources naturelles (telles que l'eau, le pétrole, le gaz, le bois). Lorsque l'investisseur souhaite transférer ses droits fonciers, ces caractéristiques peuvent empêcher un simple transfert et nécessiter l'approbation de diverses autorités administratives. Par exemple, une certaine surface agricole peut nécessiter un mode d'exploitation particulier que le nouvel investisseur pourrait ne pas connaître et qui requiert une évaluation par l'administration du concédant. Dans certains États, le droit national peut avoir des exigences réglementaires très basses en matière d'environnement, de développement local, de respect des détenteurs de droits fonciers légitimes, etc. Dans ces cas, le concédant pourrait demander d'inclure dans le contrat une disposition *ad hoc* qui interdit expressément le transfert des terres en raison de leurs spécificités.

6.19. *Nationalité de l'investisseur.* Les terres agricoles formant un bien économiquement et politiquement sensible, certains systèmes interdisent le transfert aux entités qui ne sont pas des ressortissants de l'État dans lequel elles se trouvent. Ces restrictions au transfert s'appliquent généralement aux personnes physiques comme aux personnes morales. En ce qui concerne les entreprises, la législation nationale peut autoriser l'investissement étranger par l'intermédiaire d'entreprises à participation majoritaire nationale ²⁷⁹ ou fixer un quota sur le pourcentage des terres agricoles nationales qui peuvent être détenues par des étrangers. Dans ces cas, les investisseurs étrangers peuvent envisager de former des entreprises conjointes avec des partenaires locaux.

B. Transfert de la personne de l'investisseur

6.20. *En général.* Dans la plupart des cas, l'investisseur est une société immatriculée dans l'État de situation des terres. Ce fait tient aux restrictions qui s'attachent à la possibilité pour les étrangers de transférer des droits fonciers dans un certain nombre de pays. Le concédant doit néanmoins envisager que l'investisseur pourrait être cédé par une société mère à une autre, ou fusionner avec une autre société, ou changer de contrôle.

²⁷⁸ *Id.*, p. 36.

²⁷⁹ Voir la législation nationale citée dans *Id.*, p. 49.

6.21. *Changement de contrôle.* Lorsque cela n'est pas prévu par la loi, il est souhaitable que les parties incluent une clause de changement de contrôle dans leur contrat. Cette clause exige de l'investisseur qu'il informe le concédant en cas de changement d'actionnariat majoritaire au sein du capital (par exemple par acquisition) ou *lorsque* son équipe de direction change. Si le concédant n'accepte pas le changement, il est habilité à demander des modifications ou à résilier le contrat. Cette clause peut également s'appliquer lorsqu'il y a des changements dans la structure du capital social, ou bien lorsque l'investisseur a l'intention de transférer la propriété à ses héritiers ou à des entreprises apparentées, ou de procéder à une fusion. Un investisseur peut par exemple chercher à transférer le contrat d'investissement pour bénéficier des avantages fiscaux accordés par le gouvernement concédant aux nouveaux investisseurs ou pour se soustraire à sa juridiction. En exigeant le consentement préalable du concédant, ce type de clause peut réduire le risque d'abus de droit de la part de l'investisseur.

6.22. *Héritiers et sociétés affiliées.* Certains systèmes juridique ou contrats ne requièrent pas nécessairement le consentement préalable du concédant lorsque les droits et obligations sont transférés aux héritiers de l'investisseur ou aux sociétés affiliées de son groupe. Le contrat peut définir les conditions et doit veiller que la clause ne viole pas une autre disposition contractuelle et ne constitue pas un abus de droit (par exemple, en contournant la compétence des juridictions nationales). Dans la pratique contractuelle, les parties se réfèrent souvent à la loi applicable pour définir qui sont les héritiers et les sociétés affiliées de l'investisseur.

6.23. *Fusions.* Les contrats peuvent contenir des *dispositions* concernant le cas où l'investisseur procède à une fusion. Toutefois, la loi applicable prévoit souvent des mécanismes – et les conditions dont ils sont assortis – opérant le transfert de plein droit de tous les droits et obligations ²⁸⁰.

6.24. *Partenariat.* L'investisseur qui souhaite collaborer avec un autre investisseur pour exploiter les terres peut décider de ne pas transférer tout ou partie de ses droits et obligations prévus dans le CITA. Si la collaboration repose sur un accord, le principe de *l'effet* relatif des contrats protège le concédant. Toutefois, ce dernier doit s'assurer que le partenariat n'affecte pas sa relation contractuelle avec l'investisseur. Si c'est le cas, il n'y a aucune raison pour le concédant de résilier le contrat.

²⁸⁰

Voir les Principes d'UNIDROIT, article 9.1.2.

C. Importance de la divulgation

6.25. *En général.* Le transfert d'un CITA ou d'une partie de celui-ci peut avoir des conséquences sur les droits fonciers. La sécurité foncière s'améliore lorsque les droits fonciers sont facilement accessibles à tous, car les personnes ignorant qu'un droit foncier existe peuvent par inadvertance faire quelque chose qui enfreint ce droit ²⁸¹. C'est la raison pour laquelle chaque transfert doit être communiqué à l'autorité compétente afin de mettre à jour les informations concernant le titulaire des droits sur les terres concernées. Le concédant devrait également rendre ces informations publiques et communiquer toute opération effective de transfert aux détenteurs de droits fonciers légitimes ou aux communautés locales concernés après qu'ils aient été consultés par des moyens appropriés (notamment en langue locale et par des moyens appropriés).

II. RESTITUTION DES TERRES EN FIN DE CONTRAT ET RÉSILIATION DU CONTRAT

6.26. *Portée.* Le terme "restitution" vise les situations dans lesquelles les actifs doivent revenir automatiquement de l'investisseur initial au concédant initial en fin de contrat ou en cas de résiliation du contrat ²⁸². Si le concédant est souvent le principal bénéficiaire de la restitution des terres, la restitution peut également concerner les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales qui détiennent ou détenaient des droits sur la terre. De plus, la restitution ne concerne pas que les terres car tous les biens associés au projet peuvent faire l'objet de restitution à l'expiration du CITA.

6.27. *Expiration et résiliation.* Les parties contractantes doivent être conscientes que les projets d'investissement agricole comportent un risque élevé d'échec et peuvent ne pas générer les revenus escomptés. Pour ces raisons, le contrat peut prendre fin avant le terme prévu, et le contrat devrait prévoir une clause de résiliation qui traite les circonstances spécifiques de la restitution des biens, y compris la restitution des droits fonciers. La restitution peut intervenir, par exemple, en cas d'expiration du contrat, de cas d'inexécution auquel il n'est pas remédié, de la survenance d'empêchements imprévus ou de transfert du contrat. Dans de nombreux pays, le cadre juridique peut inclure des dispositions prévoyant le transfert automatique des biens lorsque le contrat est résilié (voir le Chapitre 5.III).

²⁸¹ FAO. 2012. Les VGGT, p.35.

²⁸² CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, pp. 176 et seq., paras. 36 et seq.

Le concédant peut également inclure des dispositions à cet effet dans le contrat pour assurer la restitution des terres et des biens connexes dans certains cas, par exemple lorsque l'investisseur fait l'objet d'une procédure de dissolution ou de liquidation. Enfin, le concédant peut demander la restitution des terres qui ne sont pas utilisées par l'investisseur.

A. Conditions de la restitution

6.28. *Cadre juridique.* La plupart des lois nationales ont des dispositions traitant de la restitution de biens spécifiques à l'expiration du contrat ou en cas de résiliation. Les parties doivent savoir que plusieurs sources juridiques peuvent s'appliquer, des règles générales sur la restitution en fin de contrat ou des dispositions spécifiques contenues dans le droit des baux et le droit foncier. En outre, les systèmes juridiques peuvent appliquer des régimes différents pour les biens mobiliers et les biens immobiliers, les terres et les bâtiments étant souvent considérés comme des biens fonciers immobiliers. Il convient de noter qu'il existe de nombreuses catégories de biens (par exemple actifs monétaires et non monétaires, etc.)²⁸³ et que ces définitions peuvent avoir des conséquences sur les conditions de la restitution.

6.29. *Clauses contractuelles sur la restitution.* De préférence, les biens doivent être restitués automatiquement au concédant à l'expiration du contrat. Pour éviter toute confusion et tout différend, les parties devraient négocier des clauses spécifiques réglementant cette procédure à l'avance. Une solution pour gérer la restitution des biens est la création d'un comité composé de représentants de toutes les parties contractantes, y compris les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, qui sera de vérifier "si l'ouvrage est dans l'état prescrit et conforme aux critères pertinents énoncés dans [le CITA]"²⁸⁴. Ce comité peut être le même que celui chargé de la supervision et du suivi du projet (voir le Chapitre 4.V.B).

6.30. *Actifs à restituer.* De nombreux biens peuvent être concernés dans des projets d'investissement en terres agricoles. Le concédant accorde habituellement l'accès à une parcelle de terre, et d'autres biens peuvent également y être rattachés. Par exemple, des arbres, des bâtiments et des infrastructures peuvent faire partie des droits cédés par le concédant à l'investisseur pour l'exploitation de la terre (voir le Chapitre 4.I.A). En outre, l'investisseur peut être obligé de construire des infrastructures sur les terres

²⁸³ Voir par exemple les Principes d'UNIDROIT, articles. 7.2.1. et 7.2.2.

²⁸⁴ CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 178, para. 42.

dans le cadre de leur exploitation économique (voir le Chapitre 4.I.B.2). Par conséquent, les parties devraient procéder à une estimation de la valeur des terres et inventorier les biens connexes pendant la phase de négociation pour s'assurer que la phase de restitution n'aura pas d'incidence négative sur une partie contractante. L'investisseur peut également conclure des accords avec des détenteurs de droits fonciers légitimes et des communautés locales pour partager les profits d'exploitation par le biais d'un fonds de développement local ou de la construction d'installations (voir le Chapitre 4.II.E). À la fin du contrat, ces biens pourraient être restitués. Il est donc recommandé aux parties contractantes de prévoir des dispositions contractuelles pour chaque catégorie de biens afin d'assurer leur restitution au concédant conformément au cadre juridique applicable.

6.31. *Propriété publique et privée.* Une classification que les parties peuvent facilement mettre en œuvre dans le cadre du contrat d'investissement en terres agricoles est la distinction entre propriété publique et propriété privée. À cet égard, certains États mettent "l'accent en particulier sur l'intérêt que représentent pour l'autorité contractante les biens corporels associés au projet et exige en général qu'ils soient cédés dans leur totalité à l'autorité contractante, alors que dans d'autres États, les projets d'infrastructure à financement privé sont considérés essentiellement comme un moyen de fournir des services pendant une durée déterminée et non de construire des équipements"²⁸⁵. Le contrat pourrait d'abord rappeler quels biens sont définis par le cadre juridique interne comme étant des biens publics. Cette catégorie de biens sert généralement à l'exécution spécifique du contrat (c'est-à-dire l'exploitation économique des terres), et ils seront restitués au concédant sans frais et libres de tout droit, charge ou garantie. La seconde catégorie couvre les biens acquis par l'investisseur et qui ne sont pas indispensables à l'exploitation économique des terres mais qui peuvent améliorer la productivité; ceux-ci peuvent être achetés par le concédant à son gré. Enfin, certains biens peuvent rester la propriété privée de l'investisseur et peuvent être librement retirés ou cédés par l'investisseur.

6.32. *Les terres.* Selon le contrat, le concédant peut rester propriétaire des terres pendant toute la durée du projet ou conserver certains droits sur les terres faisant l'objet d'octroi de droits fonciers et droits connexes. Le concédant est en règle générale le propriétaire qui recouvrera les terres à la fin du contrat, et des efforts devraient être faits pour que les détenteurs

²⁸⁵

Id., p. 119, para. 23.

de droits fonciers légitimes recouvrent leurs droits ²⁸⁶. Sauf disposition contraire, l'investisseur peut être tenu de restituer le terrain "exempt de toute hypothèque et charge, à l'exception des dédommagements pour les améliorations apportées aux biens ou pour leur modernisation" ²⁸⁷. Cette nécessité est "en vue d'assurer la continuité [de l'exploitation de la terre]" ²⁸⁸ et provient du statut particulier de la terre qui revêt une grande importance pour le concédant, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales. En effet, certains systèmes interdisent la propriété privée des terres. Le terme "amélioration" désigne les travaux effectués par l'investisseur pour améliorer les conditions environnementales des terres ou leur rendement (par exemple, des travaux de drainage). Le coût de ces travaux doit être évalué et le concédant peut indemniser l'investisseur pour les avantages entraînés par la mise en place du système de drainage. A l'inverse, l'investisseur pourra être tenu responsable de toute détérioration des terres.

6.33. *Arbres*. Dans les secteurs forestiers et arboricoles, les arbres revêtent une importance intrinsèque pour l'exploitation économique de la terre. Certaines essences d'arbres ayant besoin de plusieurs années pour être productives (par exemple, trois ans pour un palmier, cinq ans pour un hévéa, dix ans pour un eucalyptus, quarante ans pour un bouleau), elles peuvent donc être fournies à l'investisseur par le concédant comme biens ayant une valeur spécifique. L'investisseur peut avoir l'obligation de replanter pendant toute la durée du contrat afin de préserver l'environnement et de maintenir le rendement des terres (voir le Chapitre 4.III). Une telle obligation devrait être contrôlée et supervisée par le concédant et les détenteurs de droits fonciers légitimes ou les communautés locales, le cas échéant. À la fin du contrat, et sauf disposition contraire, l'investisseur doit restituer le terrain dans le même état qu'il l'a reçu. Par conséquent, cela peut se traduire par l'obligation de l'investisseur de replanter et restituer le nombre correspondant d'arbres ayant les mêmes caractéristiques (par exemple, espèce, âge, etc.). Si l'investisseur n'a pas

²⁸⁶ FAO. 2012. Les VGGT, para. 14.2 ("Chaque fois que possible, les parcelles ou les exploitations d'origine devraient être rendues à ceux qui ont subi la perte de leurs droits ou à leurs héritiers, sur décision des autorités nationales compétentes. Si les parcelles ou exploitations d'origine ne peuvent être restituées, les États devraient offrir sans tarder une juste compensation, sous forme monétaire et/ou par l'attribution d'autres parcelles ou exploitations, en veillant à ce que toutes les personnes concernées soient traitées équitablement.")

²⁸⁷ CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 176, para. 38.

²⁸⁸ *Id.*

rempli cette obligation, il peut être tenu responsable, par exemple, d'une détérioration des terres.

6.34. *Cultures.* Avant la fin du contrat, les parties doivent savoir quand la récolte doit avoir lieu. Il est souhaitable que les parties conviennent à l'avance, par exemple par l'intermédiaire du comité conjoint mentionné plus avant, à qui reviendra la récolte. Tant que le contrat est en vigueur, les cultures sont la propriété de l'investisseur car elles sont le produit du projet d'investissement. S'il y a des jeunes arbres sur les terres à la fin du contrat, les parties peuvent convenir que la récolte finale sera la propriété de l'investisseur à ses frais. Dans ce cas, l'investisseur doit indemniser le concédant, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales pour la période pendant laquelle la terre ne peut pas être utilisée (c'est-à-dire entre la fin du contrat et la récolte). L'indemnité peut être calculée comme étant un retard dans la restitution des terres.

6.35. *Bâtiments et infrastructures.* Les bâtiments et les infrastructures sont physiquement et intrinsèquement liés à la terre. Il convient toutefois de distinguer deux catégories différentes de biens: les biens existants sur les terres au moment de la conclusion du contrat et ceux construits par l'investisseur pendant la durée du contrat. Cette distinction peut avoir de l'importance pour déterminer si une indemnisation est due. Premièrement, comme indiqué plus haut, le concédant peut mettre à la disposition de l'investisseurs des bâtiments (par exemple des granges, des entrepôts, des logements) et des infrastructures (par exemple des canaux, des routes) au moment où le contrat est conclu. Dans la plupart des cas, ces biens sont loués par le concédant à l'investisseur en même temps que les terres parce qu'ils servent à l'exécution du contrat. Tout comme les terres, ces biens doivent être restitués au concédant parce qu'ils appartiennent à l'État. Il faut également noter que l'investisseur peut avoir l'obligation d'entretenir ces biens ou être tenu responsable de leur détérioration. Deuxièmement, l'investisseur peut avoir construit des bâtiments et des infrastructures sur les terres conformément aux dispositions du contrat. En effet, d'une part l'investisseur peut avoir le droit de construire des bâtiments supplémentaires pour les besoins du projet. Par exemple, si l'activité économique augmente, l'investisseur peut avoir besoin de plus de bâtiments de stockage pour la production et plus de logements pour les employés. Il est souhaitable que, pour la construction de ces bâtiments, l'investisseur obtienne le consentement du concédant et respecte les principes de transparence pour mettre en œuvre un plan d'indemnisation pour les améliorations des terres, le cas échéant. D'autre part, le contrat

peut exiger que l'investisseur construise des infrastructures et des bâtiments pour l'exploitation des terres ou pour les besoins des communautés locales. Dans ce cas, une clause contractuelle devrait traiter la restitution de ces biens, et en particulier identifier le bénéficiaire final. Dans la plupart des cas, il s'agit du concédant et des communautés locales, sans encourir de frais.

6.36. *Matériel d'équipement.* Le terme "matériel d'équipement" couvre tous les biens dont l'investisseur peut aisément disposer. Il peut s'agir d'équipements lourds (machines, tracteurs, camions, etc.) ou légers (vêtements, outils, etc.). Comme les bâtiments, le matériel d'équipement peut être fourni par le concédant ou acheté par l'investisseur, auquel cas, celui-ci peut décider de le conserver même après l'expiration du contrat. Si le concédant souhaite acheter ces biens, il peut être souhaitable d'inclure une clause de première option d'achat dans le contrat. Il convient de distinguer deux situations: les biens ont été amortis à la fin du contrat de telle sorte que le concédant peut les acheter à leur valeur nominale; ou s'ils ne sont pas amortis à la fin du contrat, le concédant peut les acheter à une juste valeur de marché. Si les matériels d'équipement ont été fournis par le concédant à l'investisseur, ils doivent lui être restitués car les machines, les camions et les outils peuvent être d'une grande importance pour la poursuite de l'exploitation économique de la terre. Les parties devraient également surveiller tout changement intervenant dans le matériel d'équipement. Par exemple, pour les machines considérées trop anciennes ou hors d'usage, les parties peuvent trouver un moyen équitable de financer leur remplacement et décider qui en sera le bénéficiaire à la fin du contrat.

6.37. *Transfert de technologie.* En fin de contrat, le concédant pourrait souhaiter acquérir la technologie de l'investisseur initial pour poursuivre l'exploitation des terres. La technologie est la connaissance systématique nécessaire à l'application d'un processus ou à la prestation d'un service²⁸⁹. Dans le cas d'investissements en terres agricoles, cette connaissance peut concerner les modalités de fonctionnement des machines et l'entretien des terres. La transmission de ces connaissances s'appelle "transfert de technologie". D'une part, le concédant a besoin de cette technologie pour poursuivre l'exploitation économique de la terre, en propre ou par l'intermédiaire d'un nouvel investisseur. D'autre part, l'investisseur initial peut être réticent à donner ces informations sensibles à une autre partie et plus encore à un nouvel investisseur qui pourrait être un concurrent.

²⁸⁹ CNUCED. 1985. Projet de code international de conduit pour le transfert de technologie, Ch. 1, para. 1.2.

Comme l'obligation de transfert de technologie ne peut être imposée unilatéralement à l'investisseur par le concédant ²⁹⁰, les parties peuvent négocier les conditions du transfert de technologie avant l'expiration du contrat. Une méthode pourrait être la consultation d'un comité de surveillance qui chercherait à concilier les intérêts contradictoires des parties contractantes. Il convient de noter que le cadre juridique peut imposer de telles obligations à l'investisseur. Le transfert de technologie peut donc constituer une obligation continue de l'investisseur, même après la fin du contrat. Par exemple, le personnel de l'investisseur peut former et accompagner les experts du concédant ou le personnel du nouvel investisseur pendant les premiers mois du nouvel accord.

B. Coûts et responsabilités

6.38. *Obligation de restitution.* Dans de nombreux pays, l'investisseur peut être tenu de restituer les biens en fin de contrat, ce qui signifie que l'investisseur devrait supporter les coûts de l'enlèvement des biens se trouvant sur la terre à restituer au concédant, aux détenteurs de droits fonciers légitimes et aux communautés locales. L'investisseur devrait retirer les biens qu'il voudrait conserver dans le délai convenu par les parties afin de ne pas empêcher la poursuite de l'exploitation économique du terrain. Il est également tenu de restituer les terres et tous les biens relatifs au projet au concédant et aux communautés locales conformément aux conditions énoncées dans le contrat. Toutefois, ces conditions doivent être raisonnables ²⁹¹. Ainsi, le concédant peut obliger l'investisseur à restituer les matériels d'équipement du projet dans un délai raisonnable, mais il ne peut imposer leur restitution à un endroit éloigné de la terre louée. Pour encourager la sécurité juridique, les parties devraient prévoir des procédures avant l'expiration du contrat. Par exemple, un comité conjoint pourrait être chargé de superviser l'avancement de la restitution ²⁹² et pourrait également évaluer les coûts imprévus et les partager entre les parties. Les investisseurs doivent, en outre, savoir que le concédant peut exiger que tous les biens associés au projet soient restitués directement à un nouvel investisseur afin de poursuivre l'exploitation économique de la terre.

²⁹⁰ CNUDCI. 2001. Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé, p. 183, para. 51.

²⁹¹ *Id.*, p. 178, para. 41.

²⁹² *Id.*, p. 178, para. 42.

6.39. *Responsabilité en cas de détérioration.* Du fait de la responsabilité de la restitution des biens *associés* au projet dans les conditions convenues par les parties, l'investisseur devrait être tenu responsable de toute détérioration des terres et des biens connexes. La dégradation peut être évaluée par le comité conjoint sur la base de critères objectifs. Avant la conclusion du contrat d'investissement, les parties contractantes peuvent évaluer les caractéristiques biologiques, chimiques et environnementales des terres par les études de faisabilité (voir le Chapitre 3.III). Il peut y avoir détérioration de la terre lorsque les valeurs sont inférieures après réévaluation par les parties (par exemple, par le comité conjoint) et elle peut être attribuée à une mauvaise utilisation des terres par l'investisseur (en raison par exemple de l'utilisation de produits chimiques non autorisés, de la surexploitation des ressources naturelles, etc.). Par conséquent, l'investisseur peut être tenu de verser une indemnisation à ce titre. Certains systèmes juridiques prévoient que l'indemnisation doit être égale à la perte potentielle subie. En outre, lorsque la terre est transférée au concédant ou à un nouvel investisseur, l'investisseur initial peut être chargé d'atténuer les risques de détérioration.

6.40. *Délai de restitution.* La fin du CITA implique nécessairement un délai au terme duquel l'investisseur doit avoir restitué le terrain. De nombreux systèmes comportent des intérêts moratoires. Par conséquent, si l'investisseur ne restitue pas le terrain et les biens associés au projet dans ce délai, des intérêts correspondant à la perte subie peuvent lui être imputés²⁹³.

²⁹³ Voir les Principes d'UNIDROIT, article 7.4.10.

CHAPITRE 7

MÉCANISMES DE RÉCLAMATION ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

7.1 *En général.* Même avec une négociation et une rédaction minutieuses, aucun contrat ne peut couvrir toutes les éventualités. L'évolution des circonstances peut entraver l'exécution du contrat selon ses conditions initiales, et même les efforts de renégociation de conditions différentes peuvent ne pas permettre la poursuite de l'exécution du contrat (voir le Chapitre 5 sur les moyens). Dans ce cas, il est essentiel de résoudre les plaintes et les litiges entre les parties contractantes ou avec des non-parties de manière efficace et efficiente. En particulier, l'investisseur, qui a engagé d'importantes ressources en capital, attend une certaine prévisibilité et certitude dans la manière dont les différends seront résolus. Ainsi, les clauses contractuelles qui stipulent qu'une ou plusieurs parties contractantes renoncent à leur droit d'accès à un recours effectif ont peu de chances d'être appliquées.

7.2 *Impact au-delà des parties contractantes.* Comme l'exécution d'un CITA et d'accords connexes peut avoir une incidence au-delà des parties contractantes, les mécanismes de réclamations et le règlement des différends peuvent concerner ces parties, ainsi que d'autres parties prenantes, y compris les tiers bénéficiaires (les "non-parties"). Comme cela a déjà été indiqué dans le présent Guide, les parties contractantes sont généralement l'investisseur, d'une part, et le gouvernement ou la communauté locale en tant que concédant, d'autre part, qui peuvent être, ou ne pas être, des détenteurs de droits fonciers légitimes (voir le Chapitre 2.I). Les non-parties à un contrat ne sont liées par aucun engagement contractuel, mais peuvent être affectées par l'exécution (ou l'inexécution) du contrat. Par exemple, les détenteurs de droits fonciers légitimes ainsi que des membres des communautés locales peuvent être déplacés ou subir la pollution causée par l'activité d'investissement en terres agricoles.

7.3 *Conflits dérivant de contrats entre investisseurs et gouvernements.* Les conflits entre investisseurs et gouvernements sont susceptibles d'influer sur les conditions précontractuelles (voir le Chapitre 3), sur l'exécution ou l'inexécution du contrat et sur la résiliation ou l'abandon unilatéral du contrat par l'une des parties contractantes. Selon la situation ou le différend

dérivant du contrat investisseur-gouvernement, les parties contractantes et les non-parties peuvent recourir à divers mécanismes de règlement des différends. Un conflit purement factuel peut être soumis à un avis d'expert, à la négociation ou à la médiation, alors qu'un conflit qui implique à la fois des questions de fait et des questions de droit peut être soumis à un mécanisme de réclamation, à une procédure de négociation, de médiation, ou d'arbitrage (si les parties y ont consenti), ou à une action devant les tribunaux nationaux, régionaux ou internationaux.

7.4 *Situations dérivant de contrats entre investisseurs et communautés.* Les conflits entre les investisseurs et les communautés locales sont susceptibles de concerner le respect de la part de l'investisseur envers les intérêts de la communauté, son développement et son environnement. La proximité et même la dépendance des communautés locales à l'égard des terres agricoles utilisées par les investisseurs signifient que les communautés locales sont particulièrement sensibles à tout écart dans le comportement des investisseurs qui n'ait pas été convenu contractuellement. La réceptivité des investisseurs aux préoccupations et aux plaintes des communautés locales permettra de régler de nombreuses situations à un stade précoce, avant qu'elles ne dégénèrent en conflit. Les mécanismes de réclamations peuvent offrir une solution pour de telles situations qui sont signalées à un stade précoce. Lorsqu'une situation dégénère en conflit, il pourrait convenir de recourir à la négociation, à la médiation, à l'arbitrage (le cas échéant), ou aux tribunaux nationaux, régionaux et internationaux.

7.5 *Plan de la section.* Le présent Chapitre donne d'abord un aperçu général des considérations qui sous-tendent les mécanismes de réclamation (I), puis examine les différents mécanismes de règlement des litiges ²⁹⁴ (II) et, enfin, aborde l'exécution des règlements, sentences et jugements (III).

I. LES MÉCANISMES DE RÉCLAMATION

7.6 *Définitions.* Une réclamation se réfère à une injustice généralement perçue par des non-parties, tels que les détenteurs de droits fonciers légitimes et les membres d'une communauté locale, dont les attentes

²⁹⁴ Le présent Chapitre doit être lu à la lumière de l'une des idées fondamentales qui sous-tendent des Principes d'UNIDROIT, à savoir le *favor contractus*, dont l'objectif est de préserver le contrat dans la mesure du possible et de favoriser la poursuite de la relation contractuelle. Voir, par exemple, les Principes d'UNIDROIT, articles 6.2.1-6.2.3, 7.1.4, 7.3.1.

légitimes, fondées sur une loi ou une pratique coutumière, ont été affectées par les activités des parties contractantes²⁹⁵. Les mécanismes de réclamation font référence à toute procédure non judiciaire ou judiciaire dans le cadre de laquelle les éléments à l'origine de l'injustice perçue peuvent être invoqués et des recours peuvent être formés²⁹⁶.

7.7 *Lien avec les études d'impact et les communautés locales.* Les CITA sont susceptibles d'avoir des incidences environnementales, sociales et relatives aux droits de l'homme importantes sur les communautés locales. Outre les études d'impact telles que décrites au Chapitre 3.IV., les parties contractantes devraient renforcer le respect des droits et intérêts des non-parties en établissant des mécanismes permanents de réclamation pour recevoir, examiner et résoudre les plaintes des non-parties.

7.8 *Objectif.* Les mécanismes permanents de réclamation visent à traiter les manquements, entre autres, au respect des lois nationales, des stipulations contractuelles, du défaut d'adoption des bonnes pratiques commerciales et aux plans de gestion environnementale et sociale, qu'ils n'aient pas été mis en œuvre ou qu'ils soient insuffisamment contrôlés.

7.9 *Procédures équitables, transparentes et prévisibles.* Afin d'assurer un engagement constant et efficace des parties contractantes et des non-parties, les mécanismes de réclamation doivent être équitables, et prévoir des procédures transparentes et prévisibles. Ces mécanismes peuvent faire intervenir des enquêteurs impartiaux et consciencieux et, comme le relève le Principe 9 RAI du CSA, devraient être facilement accessibles à tous les détenteurs de droits fonciers légitimes et aux membres des communautés locales²⁹⁷. Lorsque les non-parties sont certaines qu'un mécanisme de réclamation permettra de soumettre leurs plaintes à une enquête équitable, à coûts réduits et sans représailles et leur donnera une solution rapide, ce mécanisme peut prévenir l'escalade du conflit entre les parties contractantes et les non-parties.

7.10 *Formes.* Les mécanismes de réclamation peuvent exister aux niveaux international, régional et national, ainsi qu'au niveau du projet ou de l'entreprise, et ils peuvent prendre l'une des cinq formes principales

²⁹⁵ Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, p. 32.

²⁹⁶ *Id.*

²⁹⁷ CSA. 2014 Principes RAI du CSA, Principe 9; OCDE-FAO. 2016 Guide OCDE-FAO pour des filières agricoles responsables, pp. 26, 33, 53-4; OCDE. 2017 Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif, pp. 87-8.

suivantes: (i) une procédure de plainte auprès d'un organe de traité; (ii) une instance du gouvernement concédant ou d'institutions dépendant de l'État; (iii) une activité de l'entreprise de l'investisseur ou de sa structure opérationnelle; (iv) une collaboration entre les parties contractantes ou (v) un mécanisme de surveillance par des tiers.

7.11 *Mécanismes de réclamation multiétatiques liés à des traités.* Au niveau international ou régional, les mécanismes de réclamation développés dans le cadre des traités relatifs aux droits de l'homme sont un moyen pour les individus de faire valoir leurs droits. Un certain nombre de mécanismes de plaintes internationaux ont été développés dans le cadre des neuf traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme dits "fondamentaux"²⁹⁸. Dans le système des Nations Unies, les rapporteurs spéciaux peuvent également s'impliquer dans la tenue d'enquêtes sur les violations et intervenir sur des questions spécifiques ou des situations urgentes. Au niveau régional, des mécanismes de plainte ont été développés par la Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et la Commission interaméricaine des droits de l'homme de l'Organisation des États américains. Dans le cadre de ces mécanismes de réclamation liés aux traités, tout individu peut porter plainte contre un État membre auprès des comités, commissions ou organes d'experts (organes de traités) qui sont généralement composés d'experts indépendants chargés du suivi et de la mise en œuvre des traités. Le dépôt d'une plainte dans le cadre de ces mécanismes est possible après l'épuisement des voies de recours internes et si la présence d'un avocat n'est pas obligatoire, l'avis d'un juriste est néanmoins recommandé.

7.12 *Mécanismes de réclamation relevant de l'État.* Les mécanismes de réclamation mis en place par le gouvernement concédant ou des institutions relevant de l'État servent à compléter et les mécanismes judiciaires existants. Dans les situations dans lesquelles le recours judiciaire peut être

²⁹⁸ Les neuf traités sont: (i) ONU. 1966. Pacte international relatifs aux droits civils et politiques; (ii) ONU. 1984. Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; (iii) ONU. 1966. Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; (iv) UN. 1979. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; (v) ONU. 2006. Convention relative aux droits des personnes handicapées; (vi) ONU. 2006. Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées; (vii) ONU. 1990. Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille; (viii) ONU. 1966. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; et (ix) ONU. 1989. Convention relative aux droits de l'enfant et ses Protocoles facultatifs. Pour plus d'information voir: HCDH. Organes chargés des droits de l'homme – Procédures de plainte.

excessif ou culturellement inapproprié, les mécanismes de réclamation qui sont par exemple administrés par des institutions nationales pour les droits de l'homme ou les tribunaux nationaux pour les litiges de faible montant proposent de régler les différends dans un cadre plus informel et peuvent mieux répondre aux besoins des parties lésées qui préfèrent ne pas saisir les tribunaux ou refusent de le faire.

7.13 *Mécanismes de réclamation relevant des investisseurs.* Les Directives volontaires demandent que "les entreprises devraient prévoir des mécanismes non judiciaires, ou coopérer avec de tels mécanismes, afin d'offrir des voies de recours, y compris, s'il y a lieu, des mécanismes efficaces de règlement des différends au niveau opérationnel"²⁹⁹. Les mécanismes qui relèvent de la structure organisationnelle ou opérationnelle de l'investisseur fournissent un accès direct aux non-parties lésées par les activités de l'investisseur. Ils sont souvent administrés par la société ou l'entreprise qui investit, mais l'investisseur peut aussi soumettre les plaintes à un organisme externe. La mise en place d'un mécanisme interne efficace de réclamation permet à l'investisseur de s'acquitter de sa responsabilité sociale de respecter les droits légitimes des détenteurs de droits fonciers et des communautés locales, et lui permet d'identifier et de traiter les réclamations avant qu'elles ne s'aggravent³⁰⁰. Tout comme les mécanismes relevant de l'État, les mécanismes de réclamation mis en place par les investisseurs complètent et remplacent les mécanismes judiciaires existants. Ils n'excluent pas l'accès à d'autres formes de mécanismes non judiciaires ou judiciaires de règlement des différends.

7.14 *Mécanismes de réclamation des parties prenantes.* Les mécanismes de réclamation peuvent être administrés par une seule partie prenante, par des représentants des principales parties prenantes qui gèrent conjointement le processus, ou par une partie qui supervise le processus tout en restant responsable devant les autres parties prenantes. Les parties prenantes peuvent comprendre l'investisseur, le gouvernement, les détenteurs de droits fonciers légaux et légitimes, la communauté locale, ainsi que les syndicats, les associations professionnelles, les organisations intergouvernementales, les organisations non gouvernementales et les organes locaux, régionaux et internationaux de défense des droits de

²⁹⁹ FAO. 2012 Les Directives volontaires, para. 3.2.

³⁰⁰ Voir par exemple Société financière internationale (SFI). 2009. Good Practice Note. Addressing Grievances from Project-Affected Communities (en anglais).

l'homme. Les initiatives de collaboration partagent les mêmes objectifs que les mécanismes relevant de l'État ou de l'investisseur.

7.15 *Exemples de mécanismes de réclamation des parties prenantes.* Le Panel d'inspection de la Banque mondiale, qui est géré uniquement par la Banque mondiale et est conçu pour les communautés locales affectées par des projets financés par la Banque mondiale, est un mécanisme de réclamation important. Les Points de contact nationaux (PCN) pour les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales constituent un autre mécanisme de réclamation important des parties prenantes. Alors que le Panel d'inspection de la Banque mondiale traite un large éventail de réclamations d'origines diverses, le mécanisme de règlement des réclamations des PCN de l'OCDE est réservé aux réclamations résultant du non-respect des Principes directeurs de l'OCDE, obligeant les États qui adhèrent aux Principes directeurs de l'OCDE à établir un PCN à cette fin.

7.16 *Mécanismes de réclamation supervisés par un tiers.* La supervision par un tiers, qui a déjà été abordée au Chapitre 4.V.B. dans le cadre de l'exécution du contrat, présente l'avantage de la neutralité qui peut faire défaut aux mécanismes de réclamations relevant de l'État, des investisseurs ou des parties prenantes. Les mécanismes de réclamation par un tiers peuvent revêtir divers niveaux de formalité. Au niveau impliquant le moins de formalité et de contrôle, le tiers rédige et recueille les plaintes lors de réunions individuelles, de visites sur le terrain ou en des endroits convenus. Un niveau plus formel peut impliquer la mise en place d'un site Internet, d'un courrier électronique ou de boîtes de collecte pour rassembler les réclamations écrites, puis le tiers transmet les plaintes selon le mécanisme de réclamation relevant de l'État, des investisseurs ou des parties prenantes.

7.17 *Critères d'efficacité.* Pour assurer le fonctionnement optimal de tout mécanisme de réclamation établi, les parties contractantes et les non-parties devraient adopter les "critères d'efficacité" des Principes directeurs des Nations Unies, qui soulignent que le mécanisme de réclamation devrait être ³⁰¹:

³⁰¹ ONU. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Principe 31; voir aussi OCDE. 2017 Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif, p. 88 (Tableau 8).

- *Légitimes*: ils suscitent la confiance des groupes d'acteurs auxquels ils s'adressent et doivent répondre du bon déroulement des procédures de réclamation;
- *Accessibles*: ils sont communiqués à tous les groupes d'acteurs auxquels ils sont destinés et fournissent une assistance suffisante à ceux qui se voient opposer des obstacles particuliers pour y accéder;
- *Prévisibles*: ils prévoient une procédure clairement établie assortie d'un calendrier indicatif pour chaque étape, et un descriptif précis des types de procédures et d'issues disponibles et des moyens de suivre la mise en œuvre;
- *Équitables*: ils s'efforcent d'assurer que les parties lésées ont un accès raisonnable aux sources d'information, aux conseils et aux compétences nécessaires à la mise en œuvre d'une procédure de réclamation dans des conditions équitables, avisées et conformes;
- *Transparents*: ils tiennent les requérants informés du cours de la procédure et fournissent des informations suffisantes sur la capacité du mécanisme à susciter la confiance dans son efficacité et à répondre à tous les intérêts publics en jeu;
- *Compatibles avec les droits*: ils veillent à ce que l'issue des recours et les mesures de réparation soient compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus;
- *Une source d'apprentissage permanent*: ils s'appuient sur les mesures pertinentes pour tirer les enseignements propres à améliorer le mécanisme et à prévenir les réclamations et atteintes futures;
- *Fondés sur la participation et le dialogue*: consulter les groupes d'acteurs auxquels ils s'adressent au sujet de leur conception et de leurs résultats en mettant l'accent sur le dialogue concernant les moyens d'examiner et de résoudre les plaintes.

7.18 *Étapes de bonnes pratiques*. Les parties et les non-parties devraient prendre note des bonnes pratiques existantes en matière d'établissement et de mise en œuvre de mécanismes de réclamation. On peut trouver des exemples de bonnes pratiques dans la *Good Practice Note on Addressing Grievances from Project-Affected Communities* de la Société financière

internationale (SFI), qui identifie cinq étapes clés dans le processus de gestion des réclamations ³⁰²:

- *Étape 1*: faire connaître les procédures du mécanisme de réclamation;
- *Étape 2*: réception et suivi des réclamations;
- *Étape 3*: examen et enquête sur les réclamations;
- *Étape 4*: élaboration d'options de résolution et préparation d'une réponse; et
- *Étape 5*: suivi, compte-rendu et évaluation du mécanisme de réclamation.

7.19 *Indicateurs de bonnes pratiques.* Les mécanismes de règlement des réclamations les plus efficaces sont mis en place le plus tôt possible – idéalement, pendant la phase de faisabilité du projet (voir Chapitre 3.III) – et peuvent ensuite être modifiés pour les phases ultérieures du projet. Les parties contractantes et les non-parties peuvent concevoir et mettre en œuvre des mécanismes de règlement des réclamations conformément aux " indicateurs de bonnes pratiques " élaborés par la Banque mondiale, qui identifient, entre autres, les éléments suivants ³⁰³ :

- *Préciser la valeur fondamentale de l'entreprise.* Les entreprises peuvent adopter certaines valeurs ou attitudes importantes, comme l'engagement à l'égard de l'équité du processus et des résultats; l'absence de représailles pour toutes les parties concernées; la recherche volontariste d'un large soutien interne au mécanisme de réclamation; et la volonté de la direction de défendre visiblement et sincèrement le système des réclamations.
- *Impliquer la communauté dans la conception.* Les parties prenantes devraient participer à la conception du mécanisme de réclamation en identifiant les facteurs clés, tels que les types de différends; les modalités d'expression des préoccupations ou des plaintes de la part des membres de la communauté; l'efficacité des

³⁰² SFI. 2009. *Good Practice Note*. Good Practice Note. Addressing Grievances from Project-Affected Communities, pp. 16-28, (en anglais).

³⁰³ Compliance Advisor Ombudsman (CAO). 2008 - Note consultative: A Guide to Designing and Implementing Grievance Mechanisms for Development Projects, pp. 2-4 (en anglais). Nous notons que le langage utilisé dans la note consultative de la Banque mondiale fait référence à un contexte donné qui devrait être adapté aux circonstances particulières de chaque projet d'investissement en terres agricoles.

procédures actuelles de l'entreprise pour résoudre les plaintes et la disponibilité de ressources locales pour résoudre les conflits.

- *Assurer l'accessibilité et la sensibilité aux questions de genre.* L'accessibilité aux divers membres de la communauté, notamment les groupes les plus vulnérables comme les femmes et les jeunes est essentielle. De multiples points d'entrée devraient être disponibles, avec des réunions personnelles, des plaintes écrites, des conversations téléphoniques ou des courriels. La confidentialité et le respect de la vie privée des plaignants devraient être respectés.
- *Envisager une vaste gamme de questions.* Une vaste gamme de questions, tant celles fondées sur des données factuelles que celles découlant d'idées ou de perceptions, devrait être couverte par le mécanisme.
- *Élaborer des procédures culturellement appropriées.* Le mécanisme de réclamation devrait être souple, respectueux (en particulier des différences culturelles) et prévisible – il devrait établir clairement le calendrier prévu des principaux jalons du processus.
- *Intégrer diverses méthodes de règlement des réclamations.* Une variété d'approches de résolution des réclamations devrait être proposée (par exemple, un recours informel, un recours indépendant plus formel tel que l'arbitrage, une approche fondée sur les intérêts ou une approche fondée sur les droits, basée sur des droits légaux, contractuels ou autres) afin de tenir compte des différences dans les préférences personnelles et culturelles.
- *Identifier un point central de coordination.* Le point central de coordination facilite l'élaboration et la mise en œuvre du mécanisme de réclamation, administre certaines de ses ressources, surveille les bonnes pratiques internes et externes, assure la coordination entre les points d'accès et veille à ce que le système soit adapté.
- *Organiser et faire connaître les divers points d'accès.* Ceci peut abaisser considérablement les obstacles à la participation et encourager les membres de la collectivité à régler les problèmes rapidement et de façon constructive. Les personnes qui servent de points d'accès sont plus efficaces si elles sont dignes de confiance,

bien formées et bien informées et accessibles sans égard à l'origine ethnique, au sexe ou à la religion du plaignant.

- *Rendre compte à la communauté.* Un retour d'information régulier aux parties prenantes concernées de ce qui est fait ou pas devrait être effectué; encourager les personnes à utiliser le mécanisme de réclamation, présenter les résultats et recueillir des commentaires pour améliorer le système.
- *Utiliser un registre des réclamations pour suivre les cas et améliorer l'organisation.* Un registre des réclamations peut servir pour analyser les informations sur les tendances en matière de réclamations et de conflits, les questions communautaires et les opérations du projet afin d'anticiper les types de conflits auxquels on pourrait s'attendre dans l'avenir, à la fois pour s'assurer que le mécanisme est mis en place pour traiter ces questions et pour proposer des changements organisationnels ou opérationnels afin de résoudre des réclamations sur une base commune.
- *Évaluer et améliorer le mécanisme.* Une évaluation interne périodique du mécanisme de réclamation peut aider à évaluer et améliorer son efficacité. Elle devrait également solliciter et inclure les points de vue des représentants des parties prenantes pour évaluer l'efficacité du mécanisme dans la pratique.

II. LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

7.20 *Introduction.* Le différend naît d'une exécution non satisfaisante, d'un ajustement unilatéral ou d'une inexécution par une ou plusieurs des parties contractantes. Toutefois, tout manquement aux conditions du contrat ne se transforme pas en conflit. S'agissant de différends entre parties contractantes seulement, les parties peuvent convenir de renoncer à certaines conditions d'exécution ou de les réviser. Dans le cas de différends impliquant des tiers non-parties, la ou les parties dont les actions ou omissions toucheront des tiers bénéficiaires et d'autres parties prenantes peuvent consulter et s'entendre avec ces derniers sur un plan d'action qui atténuerait ou éviterait d'éventuels effets négatifs. Si des mesures sont prises pour empêcher que ne se forme un différend, ni les parties contractantes ni les non-parties ne devront procéder au règlement du différend.

7.21 *Plan de la section.* Cette section examine les considérations générales concernant les mécanismes de règlement des différends (A), décrit les formes possibles que peuvent prendre les règlements non judiciaires (B) et judiciaires des différends (C). La forme de règlement des différends la plus appropriée sera déterminée par les circonstances de chaque situation ou différend et par la manière et la mesure dans laquelle les non-parties sont impliquées.

A. Considérations d'ordre général

7.22 *Accord sur un mécanisme de règlement des différends.* Les parties contractantes peuvent convenir du mécanisme de règlement des différends qui leur convient, à condition qu'un tel accord soit valable en vertu du droit de l'État hôte. Les parties peuvent également convenir des formalités et des règles régissant la procédure de règlement des différends. Certains aspects de leur relation contractuelle pourraient être particulièrement problématiques. Cela pourrait être le cas notamment des droits concurrents sur les terres agricoles concédées, des normes de respect des obligations sociales, économiques et environnementales, et en matière de droits de l'homme, des cas d'exonération de responsabilité en cas d'inexécution et des motifs de résiliation. Les non-parties dont les droits ou intérêts fonciers se superposent à ceux des parties contractantes pourraient également être particulièrement touchées. Par conséquent, lorsque les parties contractantes négocient et rédigent leur contrat, il est recommandé de prévoir un mécanisme de règlement des différends permettant une ou plusieurs formes de participation des non-parties.

7.23 *Loi applicable.* Il s'agit d'une préoccupation préliminaire dans la résolution des différends. La légalité de la propriété et du régime foncier, ainsi que d'autres questions liées à la terre, sont régies par la loi de l'État dans lequel la terre est située (c'est-à-dire la loi de l'État d'accueil). En outre, le fond d'un litige peut être régi par une ou plusieurs lois choisies par les parties contractantes. Comme indiqué au Chapitre 1, le cadre juridique des CITA comprend des sources de droit nationales et internationales. En l'absence de choix explicite, le fond du litige peut être régi par une combinaison de droit de l'État d'accueil et de droit international. Par exemple, les litiges portant sur une revendication de droits fonciers qui sont soumis à un jugement définitif et contraignant par un décideur impartial, seront souvent déterminés principalement par l'application du droit de l'État d'accueil.

7.24 *Pouvoir de négociation inégal.* Le choix final du mécanisme de règlement des différends peut refléter l'inégalité du pouvoir de négociation des parties contractantes. Par exemple, un investisseur pourrait préférer le règlement des différends par l'arbitrage international, tandis qu'un gouvernement concédant pourrait préférer le règlement des différends dans un cadre judiciaire ou non judiciaire national. En outre, les détenteurs de droits fonciers légitimes ou une communauté locale peuvent se trouver dans une position plus faible par rapport à l'investisseur ou au gouvernement et pourraient devoir accepter le mécanisme imposé de règlement des différends. Quel que soit le mécanisme choisi, il devrait protéger de manière adéquate les droits et intérêts de toutes les parties impliquées, contractantes et non-parties. Lorsque le choix du mécanisme de règlement des différends a été stipulé par une partie contractante, l'accès à des voies de recours efficaces (voir le Chapitre 5) est d'autant plus essentiel pour favoriser l'établissement d'une relation contractuelle fonctionnelle ainsi que la stabilité et la prévisibilité contractuelles. C'est une garantie contre un comportement déloyal de la part de la partie contractante la plus forte et garantit que les parties contractantes les plus faibles, ainsi que les non-parties, disposent d'un recours effectif.

7.25 *Aspects de fond et de procédure.* L'accès à un recours effectif comporte à la fois des aspects de fond et de procédure. Au fond, l'objectif est de réparer le préjudice subi, ce qui peut être fait par une indemnisation financière ou non financière, ainsi que par des sanctions punitives ou préventives. La procédure se réfère à la mise en œuvre de voies de recours au moyen d'un processus juridictionnel indépendant, impartial et exempt de corruption. Compte tenu de la diversité des différends dans le cadre des CITA, la connaissance des différentes options de règlement non judiciaire et judiciaire des différends permettra aux parties contractantes d'incorporer au contrat un ou plusieurs mécanismes qui répondent le mieux à leurs besoins, ainsi qu'à ceux des non-parties.

7.26 *Forums et participation de non-parties.* Alors que certaines parties contractantes peuvent choisir de porter leur différend devant un tribunal national, d'autres peuvent consentir à l'arbitrage de leur différend devant un tribunal international, et d'autres encore peuvent convenir de mécanismes alternatifs de règlement des différends. Les parties contractantes devraient également envisager ou prévoir la participation de non-parties aux procédures de règlement des différends. Dans les litiges internes, sous réserve de la loi du for, cette participation peut prendre la forme d'observations écrites ou orales d'*amicus curiae* (ou "ami du

tribunal”). Dans l’arbitrage international, sous réserve de la loi régissant l’arbitrage, les non-parties peuvent également présenter des observations écrites au tribunal. À cette fin, les parties contractantes peuvent envisager d’adopter ou d’adapter la procédure prévue dans le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l’arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités pour recevoir les observations de “tiers”³⁰⁴. Dans les procédures de règlement des différends moins institutionnalisées, telles qu’une audience devant les anciens d’une communauté autochtone, les anciens peuvent souhaiter entendre toutes les parties intéressées avant de prendre une décision finale qui lie les parties contractantes et les non-parties.

7.27 For par défaut. Lorsqu’un contrat ne contient pas de clause attributive de juridiction, une partie contractante n’a pas à obtenir le consentement préalable de l’autre ou des autres parties contractantes pour soumettre son litige aux tribunaux de l’État d’accueil. En effet, les tribunaux nationaux peuvent exercer une compétence personnelle et matérielle obligatoire à l’égard des personnes et des litiges situés sur le territoire de l’État. Par conséquent, une procédure judiciaire peut être intentée unilatéralement par un demandeur, qu’il soit partie contractante ou non partie. La compétence obligatoire permet aux tribunaux nationaux d’obliger un défendeur à comparaître au procès et d’imposer des sanctions punitives, comme l’outrage au tribunal si l’accusé refuse de se présenter.

7.28 Consentement pour d’autres fors. En revanche, les mécanismes non judiciaires de règlement des différends sont ceux prévus dans le contrat. Par exemple, l’arbitrage est une forme de règlement consensuel et non judiciaire des différends qui exige le consentement des parties contractantes avant que l’arbitrage puisse avoir lieu. Le consentement peut être exprimé dans une clause compromissoire du contrat ou dans un échange de lettres entre les parties contractantes. La forme du consentement sera normalement déterminée par la loi applicable au CITA, sous réserve des dispositions impératives du droit interne des terres.

7.29 Consentement en dehors du contrat. Les parties contractantes peuvent également convenir d’un règlement non judiciaire des différends en dehors du CITA. L’accord peut porter sur des différends futurs ou sur un différend existant et sera enregistré séparément du contrat principal. Lorsque le contrat ne prévoit pas de mode de règlement des différends,

³⁰⁴ CNUDCI. 2014. Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l’arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, article 4.

l'accord séparé l'emporte. Lorsque le contrat prévoit déjà un mode de règlement des différends, la primauté de l'accord séparé sur la clause contractuelle dépend du libellé de cet accord et de la clause contractuelle. Afin de réduire autant que possible l'incertitude sur le mode choisi de règlement des différends ou la priorité des différents modes, les parties contractantes devraient être convenablement conseillées et représentées non seulement pendant le processus de rédaction du contrat, mais aussi pendant les échanges précontractuels et post-contractuels.

B. Règlement non judiciaire des différends

7.30 *Introduction.* Les procédures de règlement non judiciaire des différends sont parfois plus rapides et plus souples que les procédures de règlement judiciaire. Les parties contractantes peuvent souvent choisir une ou plusieurs options en les adaptant à leurs besoins. Par exemple, (1) les parties qui souhaitent anticiper les différends factuels liés à l'environnement, tels que la qualité, la gestion et la dégradation des sols, peuvent tirer le plus grand profit d'un avis d'expert rapide; (2) les parties souhaitant préserver autant que possible leurs relations contractuelles peuvent préférer la négociation, la médiation ou la conciliation; et (3) s'agissant de règlement de différends soulevant des questions de droit, les parties auraient avantage à soumettre ces questions à des arbitres ayant une solide formation juridique.

1. Avis d'experts

7.31 *En général.* Le recours à l'avis d'expert peut permettre le règlement rapide d'un différend qui ne soulève que des questions de fait. Toutefois, la nature du différend factuel doit être simple pour qu'une décision d'expert suffise à résoudre le différend. Un exemple de différend factuel dans le cadre d'un CITA est la réalité contestée de la dégradation des sols. Une expertise peut suffire aux parties pour établir si les dispositions contractuelles en matière d'indemnisation et de mesures de réparation pour la dégradation des sols peuvent être invoquées à l'encontre de la partie défaillante. Un contre-exemple d'une simple question de fait est un différend portant sur la mesure dans laquelle un investisseur s'est conformé à ses obligations contractuelles de conserver la qualité du sol, et qui lui, implique une question de droit et de fait. Étant donné que ce dernier exemple soulève des questions juridiques d'interprétation du contrat et de preuve qui nécessitent l'intervention d'un conseil juridique, il est peu probable qu'une expertise seule soit suffisante.

7.32 *Procédures de nomination.* Lorsqu'un différend peut être réglé par un avis d'expert, l'expert ou le groupe d'experts chargé de se prononcer est normalement nommé d'un commun accord par les parties au différend, qui peuvent être des parties contractantes ou non contractantes. Chaque partie peut aussi nommer un expert, et les experts nommés peuvent convenir d'un autre expert. Les parties au différend peuvent également demander la nomination d'un expert ou d'un groupe d'experts auprès d'une institution arbitrale ou d'un organisme professionnel compétent. Dans ce cas, le ou les experts seront nommés conformément aux règles ou procédures institutionnelles.

7.33 *Qualifications, disponibilité et indépendance de l'expert.* Lorsqu'elles nomment des experts, les parties au différend devraient s'assurer que les qualifications, l'expérience et la réputation professionnelle de ces experts font preuve de leur haut niveau d'aptitude dans le domaine ou l'affaire en cause. Sauf accord contraire des parties au différend, les experts doivent être indépendants des parties (c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas, par exemple, être des employés par l'une des parties au différend). Lorsqu'elles nomment des experts, les parties au différend peuvent également tenir compte de leur disponibilité, de leur lieu de résidence au cas où une inspection sur place serait nécessaire, de leurs compétences linguistiques et du coût de leurs services.

7.34 *Rapport écrit de l'expert.* L'avis de l'expert peut être rendu dans un rapport écrit. Un projet de rapport peut être distribué aux parties au différend pour commentaires, et le rapport final devrait traiter ces commentaires. Bien que le rapport final vise à résoudre le différend, le recours à l'avis d'expert n'empêche généralement pas les parties au différend d'avoir accès ultérieurement à d'autres formes de règlement non judiciaire ou judiciaire des différends.

2. Négociation et médiation

7.35 *En général.* La négociation et la médiation sont des formes de règlement amiable non judiciaire des différends. La médiation comprend la conciliation et toute autre procédure dans le cadre de laquelle un tiers neutre est nommé pour diriger, mais non contraindre, les parties au différend à un règlement. La négociation et la médiation peuvent être engagées par et impliquer des parties contractantes et des non-parties, à condition que toutes les parties à la négociation et à la médiation acceptent que le différend soit réglé de la manière proposée et s'engagent à respecter tout règlement auquel elles pourraient parvenir sur une base volontaire. La

négociation diffère de la médiation dans la mesure où cette dernière est normalement menée par une tierce personne, le médiateur, qui aide les parties en litige à parvenir à un compromis³⁰⁵. Le médiateur n'a toutefois pas le pouvoir d'imposer une solution si les parties en litige n'y parviennent pas. Ni la négociation, ni la médiation ne garantissent le règlement définitif du différend. Les parties au différend qui ne parviennent pas à un règlement par la négociation ou la médiation sont libres d'explorer d'autres moyens pour régler leur différend.

7.36 *Négociation*. La négociation est un processus relativement informel et confidentiel au cours duquel les parties tentent de parvenir à un règlement par des discussions sans l'intervention d'un tiers. Les parties contractantes qui entretiennent des relations de longue date et qui connaissent bien leurs activités respectives peuvent considérer la négociation comme un moyen de préserver de bonnes relations de collaboration. En revanche, certaines parties contractantes peuvent trouver plus difficile de négocier avec une entité avec laquelle elles ont un désaccord, mais qu'elles connaissent peu. Les non-parties qui ont une relation préexistante avec les parties contractantes peuvent aussi trouver la négociation plus attrayante que les non-parties qui n'ont pas de relation préexistante. Si la négociation n'aboutit pas à un règlement entre les parties en litige, l'étape successive est habituellement la médiation.

7.37 *Médiation*. Contrairement à la négociation, la médiation est un processus plus formel dans le cadre duquel les parties en litige tentent d'arriver à un règlement avec l'aide d'un médiateur³⁰⁶. La médiation peut intéresser les parties au différend parce qu'elle peut être menée sur une courte période, qu'elle est peu coûteuse et qu'en raison de sa nature confidentielle, elle permet généralement de garder les différends de petite et de grande envergure hors de la vue du public. Les parties au différend doivent expressément accepter de soumettre leur différend à la médiation. Cela peut se faire soit dans une clause contractuelle, soit hors contrat. La médiation peut être effectuée selon une procédure *ad hoc* ou conformément aux règles institutionnelles conçues pour les médiations. Dans le premier cas, les parties au différend déterminent la procédure et conviennent d'un médiateur dont les qualités correspondent à leur situation particulière. Dans

³⁰⁵ CNUDCI. 2018. Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlements internationaux issus de la médiation (*modifiant la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale de 2002*), article 1, note 2.

³⁰⁶ OHADA. 2017. Acte uniforme relatif à la médiation, articles 1, 4, 7-9.

le deuxième cas, les parties au différend ont recours à la médiation sous les auspices d'une institution qui désigne les règles de procédure et recommande un médiateur. Les parties contractantes peuvent également stipuler que le recours à la médiation est une condition préalable à la soumission du différend à des procédures obligatoires de règlement des différends telles que l'arbitrage ou les litiges devant les tribunaux. Sauf accord contraire des parties, le médiateur n'agit pas comme arbitre du différend et ne rend pas une décision qui lie les parties à la médiation³⁰⁷.

3. Arbitrage

7.38 *En général.* L'arbitrage est une forme consensuelle de règlement non judiciaire des différends. Bien que le consentement à l'arbitrage vise le consentement des parties contractantes, les non-parties ayant des intérêts en jeu peuvent souhaiter participer à la procédure arbitrale. Les non-parties au différend qui sont également parties contractantes peuvent participer en demandant à être associées à la procédure alors que la participation de non-parties à la procédure arbitrale requiert généralement le consentement des parties contractantes. Les différends découlant des CITA peuvent être soumis à un arbitrage prévu par le contrat ou en vertu d'un traité.

7.39 *Arbitrage contractuel.* Dans l'arbitrage contractuel, le consentement des parties contractantes à l'arbitrage peut être consigné dans une clause compromissaire du contrat ou dans un accord séparé après la naissance du litige. Un accord d'arbitrage peut être consigné par écrit, verbalement ou par d'autres moyens³⁰⁸. Il devrait définir clairement les questions que les parties contractantes consentent à soumettre à l'arbitrage et, si elles souhaitent recourir à l'arbitrage sous les auspices d'une institution arbitrale, identifier correctement cette institution. Un accord d'arbitrage devrait également préciser le siège de l'arbitrage et peut indiquer la langue de l'arbitrage ainsi que le nombre d'arbitres chargés d'examiner et de statuer sur le litige. Une fois que le consentement à l'arbitrage est donné par les parties contractantes, il ne peut être retiré unilatéralement. Un accord d'arbitrage valable crée une obligation qui lie toutes les parties de se

³⁰⁷ CNUDCI. 2018. Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlements internationaux issus de la médiation (*modifiant la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale de 2002*), article 13.

³⁰⁸ CNUDCI. 2006. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, article 7 (Option 1).

soumettre à l'arbitrage et empêche généralement toute partie de demander un règlement judiciaire du différend.

7.40 *Principe d'autonomie.* Dans l'arbitrage contractuel, un accord d'arbitrage est séparable du contrat principal³⁰⁹ et permet au tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence sans avoir recours aux tribunaux³¹⁰. En vertu du principe d'autonomie, le fait qu'un tribunal arbitral constate la nullité du contrat *ab initio* ou sa résiliation ultérieure n'affecte pas la validité d'une clause compromissoire³¹¹. En vertu du principe de la "compétence-compétence" ("*kompetenz-kompetenz*"), un tribunal arbitral est seul juge de sa compétence pour connaître d'un différend. Une partie contractante peut contester la décision du tribunal arbitral devant les tribunaux de l'État dans lequel l'arbitrage a son siège. La procédure et l'issue de la contestation sont déterminées par le droit interne de cet État. Si le tribunal conclut que la convention d'arbitrage est valide, il ordonne la suspension des procédures judiciaires et renvoie les parties contractantes à l'arbitrage. Dans le cas contraire, les parties contractantes ne seront pas contraintes de se soumettre à l'arbitrage, et les parties contractantes pourront envisager une forme de règlement non judiciaire autre que l'arbitrage ou le règlement judiciaire de leur différend. Afin de minimiser les conflits de compétence entre les tribunaux arbitraux et d'autres organes de règlement des différends, les parties contractantes devraient rédiger une clause compromissoire exprimant clairement leur intention d'arbitrer.

7.41 *Participation de non-parties.* Dans l'arbitrage contractuel, les non-parties au contrat peuvent, à titre exceptionnel, participer à la procédure en soumettant des observations au tribunal arbitral ou en assistant à une audience. Les non-parties au différend peuvent participer en demandant à être associées à la procédure. Une demande de jonction peut être soumise à des délais et être prescrite après une certaine date, et peut être rejetée par le tribunal arbitral si elle porte préjudice à l'une quelconque des parties en litige existantes³¹². Lorsqu'un arbitrage est conduit conformément aux règles de procédure conçues par les parties contractantes au différend, la possibilité et les modalités de la participation d'un tiers (qu'il s'agisse du contrat ou du différend) relèvent d'un accord entre les parties contractantes

³⁰⁹ *Id.*, article 16(1); accompagné de Note Explicative, para. 25.

³¹⁰ *Id.*

³¹¹ Voir UNIDROIT/FAO/FIDA. 2015. Le Guide juridique sur l'agriculture contractuelle, p. 228.

³¹² CNUDCI. 2010. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, article 17(5).

en litige. Lorsqu'un arbitrage est mené conformément aux règles de procédure d'une institution arbitrale choisie, la possibilité et les modalités de la participation de tiers (au contrat ou au différend) peuvent être précisées dans les règles institutionnelles applicables.

7.42 *Arbitrage fondé sur des traités.* Dans l'arbitrage fondé sur un traité, il doit y avoir consentement entre l'investisseur et l'État hôte, et ce consentement est donné séparément. Premièrement, le consentement de l'État à l'arbitrage se trouve dans un accord international d'investissement (AII) bilatéral ou multilatéral qui peut conférer une protection aux investissements éligibles des investisseurs qui sont des ressortissants de l'autre État contractant ou des autres États contractants. Dans la plupart des AII, l'État contractant consent à soumettre à l'arbitrage une catégorie donnée de différends relatifs à des investissements éligibles avec des investisseurs éligibles. Deuxièmement, le consentement de l'investisseur à l'arbitrage, donné après la naissance d'un différend avec l'État hôte, est contenu dans une demande d'arbitrage avec l'État qui renvoie à l'AII applicable. Une fois que l'État hôte et l'investisseur ont donné leur consentement à l'arbitrage, l'arbitrage se déroule conformément à la procédure définie ou aux règles institutionnelles citées en référence dans l'AII applicable.

7.43 *Aspects procéduraux particuliers de l'arbitrage fondé sur des traités.* Les différends dans le cadre des CITA peuvent être soumis à un arbitrage fondé sur des traités lorsque l'AII applicable reconnaît expressément que les contrats ou les droits créés par contrat sont des investissements protégés. Les différends entre investisseurs et États d'origine contractuelle peuvent également être soumis à un arbitrage en vertu du traité lorsque l'AII applicable n'énumère pas expressément les contrats ou les droits inscrits par contrat comme étant des investissements protégés, mais confère une protection aux droits et intérêts ayant une valeur économique, quelle que soit leur fondement. En revanche, les différends entre investisseurs et États d'origine contractuelle ne peuvent être soumis à un arbitrage en vertu du traité si l'AII applicable exclut expressément de la protection les contrats et les droits contractuels. Bien que la plupart des actions formées par des investisseurs contre des États dans le cadre d'un arbitrage en vertu d'un traité allègue la violation de l'AII applicable (qui sont donc des actions fondées sur le traité), certains investisseurs peuvent également alléguer la violation du contrat sous-jacent (comme actions contractuelles). La question de savoir si un tribunal arbitral en vertu d'un traité est habilité à connaître tant des demandes contractuelles que des

demandes fondées sur le traité dépend de la portée du consentement à l'arbitrage des États contractants dans l'AII applicable.

7.44 *Aspects de fond particuliers de l'arbitrage fondé sur des traités.* Dans l'arbitrage fondé sur un traité, l'investisseur est le demandeur, tandis que l'État est le défendeur. Ceci est différent de l'arbitrage contractuel où l'une ou l'autre des parties contractantes peut être le demandeur ou le défendeur. En effet, la plupart des AII, qui se limitent à énoncer les obligations des États contractants en matière de protection des investissements, ne peuvent être invoqués que par les investisseurs contre ces États, et non l'inverse. Selon l'AII, l'État peut être en mesure d'introduire une demande reconventionnelle contre l'investisseur. Certains AII plus récents imposent aux investisseurs l'obligation de respecter les droits de l'homme et de respecter des normes élevées de responsabilité sociale des entreprises lorsqu'ils opèrent dans l'État hôte. Toutefois, ces nouveaux AII ne permettent pas expressément aux États d'engager des actions contre les investisseurs qui ne respectent pas ces obligations. Lorsqu'il invoque un AII, l'investisseur prétend que l'État a violé des obligations internationales qui lui sont dues à lui-même ou à son investissement. Les obligations communes en matière d'AII comprennent l'octroi d'un traitement juste et équitable aux investisseurs protégés et à leurs investissements ³¹³, la garantie que les investissements protégés ne seront pas expropriés en l'absence d'une utilité publique, d'une indemnisation appropriée et d'une procédure régulière ³¹⁴, et l'engagement – quoique moins fréquent dans les nouveaux et récents AII – de respecter toutes les obligations contractées par l'État hôte avec les investisseurs ³¹⁵. La demande et toute demande reconventionnelle seront entendues par un tribunal arbitral constitué conformément à la procédure définie ou aux règles institutionnelles citées en référence dans l'AII applicable. Tout comme les tribunaux arbitraux qui tiennent leurs pouvoirs d'un contrat, les tribunaux arbitraux qui tiennent leurs pouvoirs des AII peuvent se prononcer sur leur propre compétence juridictionnelle et, lorsque la compétence est établie, se prononcer sur le fond de l'action.

³¹³ La clause AII qui établit cette obligation est également connue comme une clause FET (*Fair and Equitable Treatment*- Traitement juste et équitable).

³¹⁴ La clause AII qui établit cette obligation est également connue comme une clause d'expropriation.

³¹⁵ La clause AII qui établit cette obligation est également connue comme clause-parapluie.

7.45 *Intérêt public et transparence.* Dans l'arbitrage basé sur les traités, les investisseurs contestent la légalité des mesures prises par l'État hôte, et partant, l'opportunité de l'exercice de la souveraineté, qui affecte leur investissement. Le fondement de l'intérêt général invoqué dans l'arbitrage entre investisseurs et États a conduit à réclamer une plus grande transparence dans les procédures d'arbitrage qui sont traditionnellement confidentielles. À cet égard, le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités prévoit que les documents essentiels tels que les mémoires des parties et les déclarations des témoins doivent être mis à la disposition du public sur demande ³¹⁶ et que les parties autres que les investisseurs demandeurs et les États défendeurs peuvent soumettre des observations sur les questions s'inscrivant dans le cadre du litige ³¹⁷, pour autant que la publication des documents et leur participation ne compromettent ni la protection des informations confidentielles ni l'intégrité du processus arbitral ³¹⁸. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence permet la participation des détenteurs de droits fonciers légaux non étatiques, des détenteurs de droits fonciers légitimes et des membres de la communauté locale dans un arbitrage investisseur-État. En dehors du Règlement sur la transparence de la CNUDCI, la publication de documents importants et la participation de ces détenteurs et participants à des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités peuvent être réglementées par des règles d'arbitrage institutionnel. Dans d'autres arbitrages ou en l'absence de règles d'arbitrage institutionnel applicables, ces questions sont tranchées par les tribunaux arbitraux, avec le consentement de l'investisseur et de l'État, au cas par cas.

7.46 *Règles de procédure.* Bien que les parties à un arbitrage, qu'elles soient des parties contractantes ou non, soient libres de convenir d'une procédure arbitrale, de recourir à des règles de procédure institutionnelle ou à des règles de procédure pour les arbitrages *ad hoc* ³¹⁹, elles peuvent également adopter des règles déjà établies. Ces règles fixent les délais de dépôt des demandes et des mémoires en défense, la constitution des tribunaux, les dispositions à prendre pour obtenir des mesures provisoires, le déroulement des audiences et la possibilité d'exercer un recours contre une sentence arbitrale rendue par le tribunal. Les parties à l'arbitrage ont

³¹⁶ Règlement de la CNUDCI sur la transparence, article 3.

³¹⁷ *Id.*, articles 4-5.

³¹⁸ *Id.*, article 7.

³¹⁹ Voir par exemple CNUDCI. 2010. Règlement d'arbitrage.

un droit égal d'être entendues. Le non-respect de cette règle peut affecter la validité de la sentence.

7.47 *Sentences finales.* L'arbitrage se conclut avec la sentence finale rendue par le tribunal qui lie les parties au litige. Dans un arbitrage fondé sur le contrat requis par une partie contractante contre une autre, et auquel participeraient des membres de la communauté locale affectée, la sentence rendue liera les parties contractantes en litige, mais pas les membres de la communauté locale. Dans un arbitrage fondé sur un traité entre un investisseur et l'État, et dans lequel un détenteur de droits fonciers légitimes aurait présenté des observations écrites, la sentence rendue liera l'investisseur plaignant et l'État, mais non le détenteur de droits fonciers légitimes. Une sentence arbitrale peut être exécutée volontairement par la partie qui a succombé et est tenue à indemniser. Si celle-ci ne s'exécute pas volontairement, la partie qui a eu gain de cause peut demander l'exécution de la sentence devant les tribunaux nationaux.

7.48 *Exécution.* L'exécution de la sentence est régie par des instruments internationaux, tels que la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York) ³²⁰ ainsi que par la législation nationale. Les motifs de refus de l'exécution ou d'annulation d'une sentence arbitrale se limitent à ceux prévus par les traités et le droit interne, ce qui garantit le caractère définitif du règlement des différends par voie d'arbitrage (voir aussi la Section III ci-dessous concernant l'exécution).

C. Règlement judiciaire des différends

7.49 *Introduction.* Les parties en conflit qui choisissent d'intenter une procédure judiciaire seront assujetties aux lois du for, y compris aux règles de droit international privé du for qui déterminent la loi applicable, et peuvent établir que la loi applicable à une affaire donnée est une loi étrangère. Si les tribunaux de l'État d'accueil ont compétence exclusive sur les litiges concernant les terres qui s'y trouvent situées ³²¹, les parties doivent porter leur litige devant ces tribunaux. Si les tribunaux de cet État

³²⁰ La Convention de New York a été signée le 10 juin 1958, et est entrée en vigueur le 7 juillet 1959.

³²¹ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, article 24(1).

n'ont pas compétence exclusive, les parties en litige peuvent porter leur litige devant un tribunal de leur choix.

7.50 *Sélection du for.* Lorsqu'elles choisissent le tribunal, les parties en conflit devraient tenir compte des droits procéduraux sur les délais de prescription et la réglementation des litiges, ainsi que de toute pratique pertinente, qui peut varier considérablement d'un système juridique à l'autre. Par exemple, les litiges portant sur les effets des activités agricoles sur les enfants de la communauté locale, et pour autant que les parties puissent choisir le tribunal compétent, devraient être portés devant une juridiction où les délais de prescription sont plus longs pour les revendications liées à la terre. Cela tient à ce que les conséquences dommageables peuvent prendre de nombreuses années avant de se manifester, et une telle action pourrait être prescrite dans une juridiction où les délais de prescription sont plus courts pour les revendications liées à la terre. D'autres critères pertinents dans le choix du tribunal pour le règlement judiciaire des litiges, par exemple, peuvent être le lieu de constitution ou le siège social de l'investisseur, les conditions de validité de la demande pour la saisine du tribunal ainsi que les lois prévoyant des procédures spéciales. Ces différentes considérations auront un poids variable selon les circonstances du différend et l'identité des parties en conflit.

7.51 *Procédures.* Les procédures judiciaires se distinguent de la plupart des formes de règlement non judiciaire des litiges par le niveau élevé de formalité. Le droit fondamental de chaque partie à un procès équitable devant des juges indépendants et impartiaux exige le strict respect des garanties procédurales. Les parties peuvent être tenues d'agir par l'intermédiaire d'avocats rompus aux règles de procédure complexes qui les aideront à soumettre la meilleure réclamation ou défense possible. Lorsqu'elles recourent à une représentation juridique, les parties doivent être conscientes des frais encourus. À l'issue du règlement du litige, les tribunaux peuvent condamner chaque partie à supporter ses propres frais de justice ou la partie perdante aux dépens de la partie gagnante.

7.52 *Tribunaux compétents.* Les parties qui choisissent le règlement judiciaire des différends peuvent (1) saisir les tribunaux nationaux ou (2) saisir un tribunal international ou régional, selon la nature de la demande et de la compétence juridictionnelle du tribunal. Comme les tribunaux nationaux ont une compétence plus large, ils recevront une plus grande variété de litiges découlant des contrats entre investisseurs et gouvernements et entre investisseurs et communautés. Les tribunaux

internationaux et régionaux ont une compétence juridictionnelle plus restreinte que les tribunaux nationaux qui est généralement limitée aux actions pour violation des droits de l'homme ou soulevant des questions de droit international.

1. Tribunaux nationaux

7.53 *En général.* Les parties contractantes à un CITA ou un accord connexe peuvent intenter une action et être poursuivies devant des tribunaux nationaux. La partie demanderesse devant les tribunaux nationaux n'a pas besoin de l'approbation ou du consentement préalable de la partie défenderesse pour intenter l'action. Dès lors que la demande est conforme aux règles de procédure pertinentes du for, elle sera recevable. Il convient de noter que selon la loi et les spécificités de l'administration de la justice dans un pays donné, le tribunal national compétent peut lui-même varier (par exemple, un tribunal municipal, régional, provincial, fédéral, ou il peut s'agir d'un tribunal administratif, tous ayant souvent des règles différentes).

7.54 *Investisseurs.* Pour les CITA qui ne contiennent pas de clause compromissoire, les investisseurs nationaux et étrangers peuvent porter leur différend avec d'autres parties contractantes devant les tribunaux de l'État hôte (c'est-à-dire l'État dans lequel les terres sont situées). Lorsque le défendeur est l'État d'origine de l'investisseur, celui-ci peut être tenu par le droit interne de porter son litige devant les tribunaux nationaux.

7.55 *Autres parties contractantes.* D'autres parties contractantes peuvent également poursuivre un investisseur devant les tribunaux nationaux. Lorsque le demandeur est le gouvernement concédant ou une communauté locale, il est probable que l'action sera intentée devant les tribunaux de l'État hôte. Les investisseurs, tant nationaux qu'étrangers, peuvent être poursuivis devant les tribunaux du pays dans lequel l'investissement est situé pour inexécution, exécution insatisfaisante ou toute autre violation du contrat, ou pour violation des lois nationales dans l'exécution du contrat.

7.56 *Non-parties.* Les non-parties qui sont affectées par les activités menées par les parties contractantes et pouvant même avoir des droits en tant que tiers bénéficiaires (tels que les titulaires de droits fonciers légitimes et les membres de communautés locales), peuvent également poursuivre ces dernières devant les tribunaux nationaux. Lorsque le défendeur est un investisseur national ou un gouvernement concédant ou une communauté

locale, le différend est de nature interne et les tribunaux de l'État hôte sont le for compétent.

2. Tribunaux régionaux et internationaux

7.57 *En général.* Après l'épuisement des voies de recours internes, les parties contractantes et les non-parties peuvent soumettre leurs différends découlant d'un contrat à des tribunaux internationaux ou régionaux pour règlement. À l'heure actuelle, à l'exception de la Cour pénale internationale³²², seuls les États peuvent être poursuivis devant les tribunaux internationaux et régionaux.

7.58 *Tribunaux régionaux.* Après l'épuisement des voies de recours internes, les investisseurs nationaux et les non-parties de certains pays ont la possibilité de poursuivre l'État dont ils sont ressortissants ou l'État hôte pour violation des droits de l'homme ou dommages environnementaux devant un tribunal sous-régional ou régional comme la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest. La Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui applique la Convention américaine relative aux droits de l'homme, est un exemple de tribunal régional qui peut statuer sur des plaintes déposées par des ressortissants et des non-ressortissants contre des États Parties. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour européenne des droits de l'homme sont d'autres exemples de tribunaux régionaux.

7.59 *Protection diplomatique.* Outre agir en vertu des accords internationaux d'investissement applicables à l'encontre des États d'accueil, comme expliqué plus haut dans la Section II.B.3 ci-dessus, les investisseurs étrangers peuvent demander la protection diplomatique de leur État d'origine. Comme l'octroi de la protection diplomatique pour les différends contractuels est peu fréquent et discrétionnaire, peu d'investisseurs sollicitent l'assistance de leur pays d'origine s'ils peuvent tenter une action directement contre l'État hôte. La protection diplomatique consiste "en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise

³²²

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, article 25.

en œuvre de cette responsabilité”³²³. L'action diplomatique peut consister, par exemple, en des négociations au niveau interétatique.

III. EXÉCUTION DES RÈGLEMENTS OU DÉCISIONS RÉGLANT UN DIFFÉREND

7.60 *Introduction.* Lorsqu'un différend a été réglé par des moyens non judiciaires ou judiciaires, les parties au différend doivent se conformer aux modalités de l'accord, du règlement, de la décision, de la sentence ou du jugement. Si la partie au litige qui a reçu l'ordre de prendre ou de s'abstenir de prendre une mesure ou d'indemniser l'autre partie pour son préjudice ne satisfait pas volontairement au règlement ou à la décision rendue, la partie créancière devra engager des procédures d'exécution. Les régimes d'exécution pouvant varier d'un État à l'autre, la partie créancière devrait connaître les lois applicables du for devant lequel l'exécution est demandée.

7.61 *Exécution par l'intermédiaire des autorités publiques.* Pour obtenir exécution d'un règlement ou d'une décision à l'encontre d'entités privées, le créancier peut avoir recours aux autorités publiques. S'agissant d'une sentence arbitrale, il lui faudra faire demande à un tribunal d'un État dans lequel la partie débitrice a des actifs connus de reconnaître d'abord la sentence conformément à la Convention de New York ou à la loi nationale applicable, puis d'exécuter la sentence sur les actifs connus du débiteur. Il peut arriver que le créancier doive demander une ordonnance au tribunal pour empêcher le débiteur de disposer de ses biens. Satisfaction est obtenue lorsque le tribunal ordonne la saisie et la vente des biens du débiteur.

7.62 *Exécution par des moyens privés.* Une autre méthode consiste à poursuivre l'exécution par des moyens privés. De tels moyens peuvent être inscrits dans le contrat. En outre, le créancier peut envisager d'inscrire le débiteur sur une "liste noire", par une annonce officielle ou autrement. Une sanction touchant à la réputation est susceptible de miner les possibilités de contrats et les profits futurs du débiteur. Une partie réagira positivement aux moyens privés d'exécution si les avantages qui en découlent l'emportent sur les coûts de l'inexécution.

7.63 *Exécution à l'encontre du gouvernement.* Pour exécuter un règlement ou une décision à l'encontre d'un gouvernement, la partie

³²³ CDI. 2006. Projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique, article premier.

créancière peut également avoir recours aux autorités publiques. Les sentences rendues dans le cadre d'un arbitrage investisseur-État peuvent être reconnues et exécutées contre les actifs de l'État défendeur devant les tribunaux nationaux conformément à la Convention de New York ou à la loi nationale applicable. Si l'arbitrage investisseur-État a été mené conformément à la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ³²⁴, la sentence est reconnue et exécutée par les tribunaux de tout État Partie de la Convention comme un jugement définitif rendu par un tribunal de cet État ³²⁵. Les parties qui essaient d'utiliser la Convention de New York ou la Convention CIRDI pour exécuter une sentence arbitrale devant les tribunaux d'un État donné doivent d'abord s'assurer que cet État soit partie à l'une de ces conventions.

7.64 *Immunité souveraine.* Les États peuvent invoquer l'immunité souveraine d'exécution sur les biens de l'État. De nombreux États reconnaissent une immunité souveraine d'exécution limitée, tandis qu'un petit nombre d'État reconnaît l'immunité souveraine absolue. Dans le premier cas, seuls les actifs de l'État expressément affectés ou jugés par les tribunaux comme servant des fins étatiques, tels que les aéronefs militaires et les fonds détenus par la banque centrale, sont à l'abri de toute exécution. Dans le deuxième cas, tous les biens de l'État, qu'ils servent à des fins étatiques ou commerciales, sont protégés contre l'exécution. La reconnaissance de l'immunité limitée ou absolue est laissée à la discrétion de chaque État.

7.65 *Importance d'une application efficace de la loi.* Que l'exécution d'un règlement, d'une sentence ou d'une décision judiciaire soit demandée par un investisseur national, un investisseur étranger, un concédant ou des non-parties à l'encontre de parties contractantes, tous les États doivent veiller à ce qu'il existe un régime d'exécution efficace pour assurer une véritable réparation ³²⁶.

³²⁴ Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, Convention et règlements du CIRDI.

³²⁵ Signée le 18 mars 1965 et entrée en vigueur le 14 octobre 1966, article 54(1).

³²⁶ ONU. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, pp. 3-14, 31-41. Exemples de régimes d'exécution: Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation (2018); Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958); Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (1971).

ANNEXE I - RÉCAPITULATIF DES QUESTIONS CLÉS

Le cadre juridique (Chapitre 1)

L'identification du cadre juridique applicable peut constituer un défi pour les parties contractantes dès lors qu'il faut évaluer le droit national de l'État (par exemple la loi, la jurisprudence, les règlements et d'autres normes juridiques, et, dans certains cas, les règles coutumières) dans lequel l'investissement est ou sera effectué, ainsi que les éléments du droit international, régional et supranational qui peuvent influencer la relation contractuelle. En outre, pour réaliser des investissements agricoles responsables, il peut être nécessaire de traiter, dans le CITA lui-même, certaines questions ou lacunes identifiées dans le droit applicable. Ainsi, le premier Chapitre du Guide donne des indications sur les différentes sources de droit qui peuvent définir le cadre juridique applicable à un CITA.

➤ Récapitulatif des questions clés

Examiner et évaluer le cadre juridique applicable:

- prendre en considération la dimension du droit international privé, y compris les règles de conflit de lois (par exemple lorsque l'une des parties contractantes est un investisseur étranger), pour déterminer le cadre juridique applicable, et évaluer si une clause de choix de la loi est compatible avec le régime juridique national applicable – voir para 1.9;
- analyser la hiérarchie des normes de droit dans l'État hôte sur le territoire duquel les terres sont situées et identifier les règles impératives et supplétives que les parties doivent respecter, ainsi que toute règle coutumière pertinente (par exemple, la non-discrimination sur la base du genre) – voir paras. 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5;
- identifier le droit international public applicable, qu'il s'agisse d'instruments contraignants (par exemple, traités, règles coutumières, principes généraux) ou non contraignants, tels que les documents d'orientation internationaux (par exemple, les Principes directeurs des Nations Unies, les VGGT, les Principes RAI du CSA, GJAC, UPICC) – voir les paras. 1.5, 1.16, 1.17, 1.19, 1.20;

Annexe I - récapitulatif des questions clés

- analyser les décisions judiciaires pertinentes, qu'elles soient nationales, régionales ou internationales, qui peuvent entraîner des obligations au titre du CITA – voir les paras. 1.12, 1.18;
- évaluer s'il existe des lacunes dans le régime juridique national applicable et si ces lacunes peuvent être comblées par des dispositions contractuelles; et, si ce n'est pas le cas, évaluer si un investissement proposé doit finalement être réalisé – voir le para. 1.6.

Parties contractantes et autres parties prenantes: structures contractuelles (Chapitre 2)

Le Chapitre 2 fournit des orientations juridiques sur les potentielles "parties contractantes" (concedants, détenteurs de droits fonciers légaux et légitimes) et les "autres parties prenantes" (par exemple, les communautés locales, les populations autochtones, les organismes gouvernementaux, les prestataires de services) qui peuvent être intéressées ou impliquées en tant que tiers. Le Guide examine la notion de détenteurs de droits fonciers légitimes et explore une variété d'arrangements contractuels possibles que les parties peuvent décider d'adopter (par exemple, les contrats investisseurs-fournisseurs, les contrats multipartites, les accords de développement communautaire).

➤ Récapitulatif des questions clés

- adopter des mesures appropriées pour déterminer, respecter et protéger les détenteurs de droits fonciers légitimes – qui peuvent différer de ceux des détenteurs des droits fonciers légaux – voir les paras. 2.3, 2.4, 2.5;
- effectuer une cartographie des parties prenantes afin d'identifier les différentes potentielles parties contractantes et les autres acteurs qui peuvent avoir des droits et des obligations liés à la terre, ou qui peuvent être affectés par le CITA, y compris les communautés locales, les populations autochtones et les agences gouvernementales qu'il peut falloir consulter pour éviter les occupants de mauvaise foi – voir les paras. 2.8, 2.9, 2.12;
- identifier des conseillers locaux de confiance et s'engager avec diverses parties prenantes représentant différentes préoccupations,

y compris, le cas échéant, les femmes, les jeunes, les anciens, les peuples autochtones, les pasteurs ou d'autres groupes qui utilisent la terre de manière non traditionnelle – voir les paras. 2.10, 2.11;

- examiner les accords contractuels éventuels visant à équilibrer les intérêts des parties contractantes et des parties prenantes, y compris les contrats entre investisseurs et concédants, les contrats multipartites, les accords connexes et les contrats avec les détenteurs de droits fonciers légitimes – voir les paras. 2.32, 2.33, 2.34, 2.37;
- prendre en compte les coûts financiers et organisationnels de la mise en œuvre d'une approche participative des tiers bénéficiaires – voir les paras. 2.43, 2.44, 2.45.

Les questions précontractuelles importantes dans les contrats d'investissement en terres agricoles (Chapitre 3)

Une étape fondamentale pour assurer le succès d'un projet d'investissement agricole est l'obtention d'informations essentielles relatives à l'investissement avant la signature d'un contrat. Le troisième Chapitre du Guide présente les éléments clés des processus précontractuels concernant la diligence requise, les études de faisabilité et les plans de développement, ainsi que les évaluations d'impact. Des conseils quant à comment mener les consultations sont également fournis, en particulier à l'égard de qui doit être consulté, expliquant l'importance de la qualité des consultations et soulignant la pertinence et les principales composantes d'une participation active, libre, significative et informée. Le Chapitre 3 donne en outre un aperçu des étapes de la formation des contrats, y compris les processus d'appel d'offres et de soumission, la négociation, en fournissant des orientations sur la forme, le contenu et les conditions contractuelles.

➤ Récapitulatif des questions clés

Diligence requise:

- veiller à ce que le processus de diligence voulue réponde aux normes internationales, notamment en ce qui concerne la protection des droits fonciers dans le domaine des investissements agricoles – voir le para. 3.3.

Annexe I - récapitulatif des questions clés

Consultations et consentement:

- consulter et prendre des mesures pour que les orientations internationales soient suivies. Considérer la diversité des points de vue et créer des espaces permettant aux groupes particulièrement marginalisés de se faire entendre, en particulier dans les premières phases du projet – voir les paras. 3.6, 3.7, 3.9;
- assurer une participation active, libre, efficace, significative et informée en envisageant l'utilisation de FAQ pour rationaliser l'information, de radio en langue vernaculaire ou de conseillers locaux (en particulier pour les communautés éloignées) – voir les paras. 3.10, 3.11;
- fournir des documents de consultation dans une langue à laquelle les communautés peuvent accéder et veiller à ce que les personnes concernées aient accès aux moyens nécessaires (par exemple, des conseillers locaux) pour qu'elles puissent comprendre les informations reçues – voir les paras. 3.12, 3.13;
- prendre des mesures pour garantir que le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC) soit obtenu, en particulier dans le cas des populations autochtones, et soit suivi, en tant que bonne pratique recommandée, pour obtenir le consentement de toutes les communautés et des détenteurs de droits fonciers légitimes – voir les paras. 3.15, 3.16, 3.17.

Étude de faisabilité:

- mener une étude de faisabilité et envisager d'y inclure: (i) la compilation de toutes les données pertinentes; (ii) l'analyse de solutions alternatives pour atteindre les objectifs du projet; (iii) l'examen détaillé des coûts et des avantages de l'efficacité du projet; (iv) la conception préliminaire; et (v) l'évaluation détaillée des risques pour comprendre et évaluer les opportunités et les défis économiques, commerciaux et non économiques d'un investissement dans des terres agricoles – voir les paras. 3.20, 3.21, 3.22;
- évaluer le risque de suraccumulation de terres dans les cas où le même investisseur ou l'un de ses affiliés aurait déjà acquis des

droits fonciers dans le même pays ou la même zone – voir le para. 3.23;

Plan de développement:

- élaborer un plan de développement pour le projet proposé impliquant la terre et les ressources naturelles en question et organiser les informations recueillies à partir d'une étude de faisabilité dans le cadre des stratégies de marketing, d'exploitation, de gestion et de financement du projet d'investissement – voir le para. 3.25.

Les propositions d'investissement:

- se conformer aux exigences et aux orientations relatives à la soumission et à l'examen des propositions d'investissement, qui prennent en compte les impacts de la proposition, les sauvegardes et l'alignement global sur les plans de développement et aboutissent à la publication du contrat et de tout accord connexe, sous réserve de la protection des informations confidentielles – voir les paras. 3.32, 3.33

L'évaluation des terrains:

- examiner si les terres identifiées sont à la fois appropriées et disponibles et, si c'est le cas, leur évaluation, et si les ressources nécessaires (par exemple, l'eau) sont également disponibles – voir le para. 3.35;
- s'assurer que des systèmes appropriés sont utilisés pour l'évaluation équitable et opportune des droits fonciers et prendre en compte les valeurs non marchandes, telles que celles liées aux dimensions sociales, culturelles, religieuses, spirituelles, de genre et environnementales – voir les paras. 3.34, 3.35;
- reconsidérer le projet d'investissement s'il concerne des terres qui doivent être expropriées ou qui l'ont déjà été – en conséquence de quoi ou pour lesquelles des détenteurs de droits fonciers légitimes ou d'autres communautés locales sont expulsés – voir le para. 3.40.

Les analyses d'impact:

- réaliser des analyses d'impact *ex ante* en entreprenant cet exercice de manière holistique, en mettant l'accent sur la durabilité et en utilisant l'approche intégrée et participative – voir les paras. 3.42, 3.43, 3.44, 3.45;
- mener simultanément des évaluations concernant les impacts environnementaux, les impacts sociaux, les impacts sur les droits de l'homme, les impacts économiques, ainsi que les impacts culturels, et les impacts sur les droits de propriété intellectuelle relatifs aux droits des cultivateurs, en gardant à l'esprit que toutes les évaluations peuvent ne pas être nécessaires dans un contexte particulier – voir le para. 3.44;
- pour être plus qu'un simple exercice de "cocher une case", une analyse d'impact devrait comprendre, entre autres, les éléments essentiels suivants: des mécanismes visant à garantir la participation de tous les détenteurs de droits fonciers légitimes susceptibles d'être affectés; des plans de suivi et d'évaluation, y compris ceux visant à atténuer les éventuels impacts négatifs; et l'identification des acteurs susceptibles de recevoir une réparation – voir le para. 3.46;
- reconsidérer le projet si des impacts négatifs importants sont envisagés qui ne peuvent être évités ou atténués par le contrat ou un accord connexe – voir le para. 3.66.

Négociation et formation du contrat:

- mener les négociations ou renégociations de manière inclusive et transparente, ce qui garantit à la fois la validité de tout contrat, accord ou modification qui en résulterait, et que les parties et acteurs concernés sont correctement représentés et bénéficient de l'assistance juridique nécessaire – voir les paras. 3.71, 3.72;
- veiller à ce que le contrat ou l'accord qui en résulte réponde à des exigences de forme et de contenu dont l'inexécution pourrait, par exemple, entraîner l'annulation de ce contrat ou accord ou diverses sanctions – voir les paras. 3.75, 3.85, 3.87.

Droits et obligations des parties (Chapitre 4)

L'un des plus grands défis auxquels sont confrontées les parties à un CITA est de savoir comment rédiger des dispositions appropriées traitant non seulement des droits fonciers et des droits connexes particuliers qui sont accordés, mais aussi des garanties nécessaires en cas de lacune dans la législation de l'État et pour les impacts éventuels de l'investissement. Le Chapitre 4 vise donc à faciliter la négociation de dispositions dans divers domaines, tels que le régime foncier, les droits de l'homme et sociaux – y compris la sécurité alimentaire, le genre et la jeunesse –, l'environnement, les finances, la protection des investissements et l'autonomie réglementaire des États, ainsi que le suivi, la mise en œuvre et la transparence. Des conseils juridiques sont fournis sur un certain nombre de ces garanties, y compris des mécanismes innovants pour assurer le respect des exigences environnementales et pour partager les bénéfices découlant des terres agricoles louées avec les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, notamment les accords de développement communautaire, les exigences en matière d'emploi ou de relation avec l'économie locale et les systèmes de plantations satellites.

➤ **Récapitulatif des questions clés**

En ce qui concerne le droit foncier:

- préciser l'emplacement et la description des terres, y compris, le cas échéant, les clauses connexes contenant les conditions relatives aux terres supplémentaires – voir les paras. 4.7, 4.8;
- préciser les droits fonciers à accorder, y compris les droits d'utilisation, d'accès et de contrôle des terres, des ressources, des services essentiels et des installations, ainsi que tout droit retenu ou réservé au concédant ou pour protéger et respecter les détenteurs de droits fonciers légitimes – voir les paras. 4.13, 4.14, 4.15, 4.19;
- préciser tout droit connexe à accorder, y compris l'accès aux services essentiels, à l'utilisation et à la construction d'infrastructures, et autres droits nécessaires aux activités du projet (par exemple, importation, exportation, transport et production marchande) – voir le para. 4.20, 4.21, 4.22, 4.25, 4.34;

Annexe I - récapitulatif des questions clés

- définir les paramètres de développement du projet, y compris les objectifs, les délais, les indicateurs de performance et les mesures d'incitation et en coordination, par exemple, avec les conditions éventuelles de durée et de renouvellement, de suivi, d'examen périodique, de cas de force majeure et de transfert et de retour – voir les paras. 4.40, 4.46;
- définir les conditions de la durée et du renouvellement de l'octroi de ces droits, en coordination avec les éventuels paramètres de développement du projet et les dispositions d'examen périodique – voir les paras. 4.49, 4.50.

En ce qui concerne les questions sociales et économiques, examiner et préciser si nécessaire:

- les contributions monétaires en échange des droits accordés, qui peuvent varier en fonction de la forme du projet et de l'accord global établi par le CITA, et de tout accord connexe, ainsi que le calendrier et la forme de ces contributions, le régime fiscal et toute exigence de capitalisation visant à garantir que l'investisseur dispose de ressources adéquates – voir les paras. 4.57, 4.59, 4.65, 4.66;
- la création d'emplois, l'accès aux emplois et les droits du travail, qui peuvent offrir aux détenteurs de droits fonciers légitimes des emplois de qualité dans le cadre du projet, en mettant particulièrement l'accent sur l'inclusion de ces détenteurs de manière à réduire la ségrégation professionnelle et à respecter les droits et les normes internationales en matière de conditions de travail et de lieu de travail – voir les paras. 4.70, 4.78, 4.81;
- le contenu et le traitement locaux, qui peuvent promouvoir un développement inclusif dans la zone du projet et peuvent comporter des incitations ou des exigences de performance afin d'établir davantage de liens avec l'économie locale – voir le para. 4.83;
- l'agriculture contractuelle, les systèmes de plantations satellites et les relations au sein de la chaîne d'approvisionnement, qui offrent diverses modalités permettant au projet d'impliquer les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, et certains paramètres minimums et aspects clés de ces modalités doivent être

spécifiés dans le CITA ou dans un accord connexe – voir les paras. 4.92, 4.94, 4.100, 4.101;

- les fonds de développement communautaire et les infrastructures sociales, par lesquels l'investisseur apporte des contributions monétaires ou en nature à des fonds ou à des projets communautaires afin de partager les bénéfices de l'investissement et pour lesquels il existe diverses pratiques contractuelles et questions à traiter dans le CITA ou un accord connexe – voir les paras. 4.104, 4.105, 4.106, 4.107.

En ce qui concerne l'environnement, considérer et préciser si nécessaire:

- les résultats des évaluations des impacts sur l'environnement et la manière dont ces impacts pourraient être traités par des dispositions contractuelles – voir le para. 4.112;
- des dispositions contractuelles concernant: la prévention de la pollution et de la dégradation des sols, la protection de l'eau et des écosystèmes, la gestion des déchets et l'atténuation et l'adaptation au changement climatique, le suivi et la clôture des projets – voir les paras. 4.108, 4.113, 4.114, 4.115, 4.116, 4.120, 4.121, 4.122, 4.123.

En ce qui concerne la protection des investissements et l'autonomie réglementaire, envisager et préciser si nécessaire:

- la nécessité d'un équilibre entre la protection de l'investissement de l'investisseur et l'autonomie réglementaire de l'État dans lequel cet investissement est situé ou doit être situé, en vertu du droit applicable et de tout accord international d'investissement applicable – voir les paras. 4.125, 4.126, 4.127.

En ce qui concerne le suivi et la mise en œuvre, envisager et préciser si nécessaire:

- les modalités de suivi et de mise en œuvre du projet, avec un accent particulier sur la promotion d'une communication ouverte entre les parties et les acteurs – voir les paras. 4.141, 4.142, 4.143;

- la désignation de la personne responsable du contrôle des différentes obligations d'un CITA ou d'un accord connexe, ainsi que les méthodes et les normes de ce contrôle – voir le para. 4.162;
- la manière dont les investisseurs et les concédants doivent rendre compte des questions suivies et de l'ensemble du projet, entre eux et avec les parties prenantes et le grand public, en tenant compte des obligations en matière de rapports prévues par le droit applicable, des normes internationales en matière de rapports et de protection des informations confidentielles – voir les paras. 4.169, 4.174.

Gestion de la relation contractuelle pendant la mise en œuvre: inexécution et moyens contractuels (Chapitre 5)

Les parties contractantes et les parties prenantes concernées peuvent éventuellement se trouver dans des situations où les droits envisagés ne seront pas respectés et/ou les obligations ne seront pas exécutées de manière satisfaisante, que ce soit à la suite d'un événement extérieur au contrôle des parties ou en raison d'une défaillance ou d'un manquement de l'une des parties. Dans de nombreux systèmes juridiques, cependant, il n'existe pas de lignes directrices sur la manière de traiter les cas d'inexécution et sur les types de recours dont disposent les parties contractantes et les parties non contractantes pour obtenir réparation. Le Chapitre 5 du Guide fournit des orientations sur l'importance de garantir l'accès à un recours effectif et souligne le rôle que les parties contractantes peuvent jouer dans l'établissement d'un plan d'urgence, notamment en mettant en place des mécanismes contractuels adéquats et efficaces. Le Chapitre se concentre donc sur les moyens contractuels, mais, selon le système juridique spécifique, une partie lésée peut également être autorisée à demander réparation en dehors du contrat ou de l'accord connexe.

➤ **Récapitulatif des questions clés**

En ce qui concerne le plan d'urgence, il faut examiner et préciser si nécessaire:

- les situations dans lesquelles certaines obligations pourraient ne pas être remplies et de la manière dont cette inexécution pourrait être excusée ou à laquelle il pourrait être remédié d'une autre manière

afin d'intégrer, dans la mesure nécessaire, un plan d'intervention dans le CITA pour de telles situations et promouvoir la prévisibilité, la stabilité et la souplesse dans la relation contractuelle – voir les paras. 5.2, 5.3;

- lors de la conception d'un tel plan, prendre des mesures pour s'assurer que les excuses ou les recours qu'il prévoit sont proportionnels, favorisent la coopération entre les parties et sont par ailleurs compatibles avec toute obligation de surveillance et tout mécanisme de règlement des griefs et des différends convenus – voir les paras. 5.8, 5.9, 5.10, 5.11.

En ce qui concerne les cas d'exonération, considérer et préciser si nécessaire:

- les événements qualifiés de cas de force majeure et les conséquences d'une telle qualification – voir les paras. 5.20, 5.25;
- les circonstances particulières donnant lieu à une situation de hardship, et les conséquences de cette situation – voir les paras. 5.30, 5.31;
- les circonstances particulières qui peuvent résulter de troubles civils et d'autres situations de nécessité – voir les paras. 5.38, 5.39.

En ce qui concerne les recours, il faut envisager et préciser si nécessaire:

- le rôle du comportement de la partie lésée dans la violation, y compris l'ingérence, la contribution à l'inexécution et l'obligation d'atténuer – voir les paras. 5.43, 5.44, 5.45, 5.46;
- les moyens en nature, qui comprennent la suspension d'exécution, le droit à l'exécution en nature, ainsi que les mesures correctives et la correction par le débiteur – voir les paras. 5.49, 5.50, 5.51, 5.54;
- les recours pécuniaires, qui comprennent la réduction de prix, ainsi que le droit aux dommages-intérêts et aux intérêts et indemnités de retard – voir les paras. 5.57, 5.58, 5.61, 5.72;

Annexe I - récapitulatif des questions clés

- les conditions de renégociation qui peuvent permettre d'atténuer le risque et de réviser le contrat ou l'accord connexe – voir les paras. 5.73, 5.74, 5.75;
- la résiliation et la restitution, y compris les motifs de résiliation, les clauses pénales, ainsi que la procédure et les effets de la résiliation, qui ne doivent être utilisés qu'en dernier recours – voir les paras. 5.77, 5.78, 5.79, 5.80, 5.82;
- la manière dont il serait généralement remédié aux diverses inexécutions – par l'investisseur, le concédant et le détenteurs de droits fonciers légitimes – voir le para. 5.86.

Transfert des droits et obligations en vertu du contrat et restitution des droits fonciers (Chapitre 6)

Le Chapitre 6 fournit des conseils juridiques axés sur deux moments clés de la durée de vie d'un CITA: premièrement, le transfert du projet d'investissement ou des droits et obligations découlant des CITA, en particulier d'un investisseur à un autre et, deuxièmement, la restitution du terrain à l'issue de ces contrats. En ce qui concerne les transferts, les parties doivent veiller à ce qu'ils soient traités de manière à ce qu'un projet devienne ou continue d'être responsable et durable. Des indications sont fournies sur les conditions dans lesquelles le projet peut être transféré, les limites du transfert et l'importance de la divulgation des transferts. Pour les restitutions, les parties doivent s'assurer que les terres agricoles restent productives et que les droits y afférents sont restitués à ceux qui les ont concédés ou qui les ont libérés d'une autre manière. À ces fins, le Guide se concentre sur les situations couvertes par la restitution, le contexte particulier de la restitution, et le coût et les responsabilités de la restitution.

➤ Récapitulatif des questions clés

En ce qui concerne le transfert, il faut envisager et préciser si nécessaire:

- les conditions dans lesquelles le projet peut être transféré, y compris en ce qui concerne le préavis, l'acceptation et le consentement préalables à ce transfert, ainsi que la manière dont ce transfert affecte tout accord connexe – voir les paras. 6.4, 6.7, 6.11;

- les limitations au transfert, notamment en ce qui concerne les terres publiques, les grandes superficies et la nationalité de l'investisseur – voir les paras. 6.16, 6.17, 6.18, 6.19;
- les conditions dans lesquelles l'investisseur peut transférer ses droits et obligations à un autre investisseur, notamment en ce qui concerne les changements de contrôle, les héritiers et les sociétés affiliées, les fusions et les partenariats – voir les paras. 6.21, 6.22, 6.23, 6.24;
- l'importance de la divulgation des transferts – voir le para. 6.25.

En ce qui concerne la restitution, il faut envisager et préciser si nécessaire:

- les situations couvertes par la restitution qui concerne généralement la fin du contrat, que ce soit à l'expiration de la durée du contrat ou par accord mutuel – voir les paras. 6.26, 6.27;
- le contexte particulier de la restitution, y compris les biens à restituer, les distinctions entre les biens publics et privés, et la manière dont les terres, les arbres, les cultures, les bâtiments et les infrastructures, les équipements et autres technologies doivent être traités – voir les paras. 6.28, 6.29;
- le coût et les obligations de la restitution, y compris la manière dont (et par qui) la responsabilité en est assumée, la détérioration et le calendrier – voir les paras. 6.38, 6.39, 6.40.

Mécanismes de réclamation et règlement des différends ***(Chapitre 7)***

Le Chapitre 7 traite des types de réclamations et de litiges qui surviennent couramment dans le cadre des CITA et des divers mécanismes de règlement des différends non judiciaire et judiciaire. En établissant des mécanismes de règlement des réclamations appropriés, notamment pour les employés, les détenteurs de droits fonciers légitimes et les communautés locales, les parties contractantes peuvent réduire les risques associés à un investissement agricole et prévenir les conflits. Toutefois, en cas de différend, le fait d'avoir défini une procédure de règlement et des engagements connexes dans le contrat – compris, par exemple, les

expertises, la négociation, la médiation, la conciliation, l'arbitrage et le contentieux – peut garantir que les différends soient résolus rapidement et que les terres agricoles louées ne restent pas en jachère pendant ce différend. Les conseils juridiques visent à aider à comprendre les différentes possibilités de règlement des réclamations et des litiges et à définir des procédures efficaces à cet égard.

➤ **Récapitulatif des questions clés**

Pour les mécanismes de réclamations, considérer et préciser si nécessaire:

- la manière dont ces mécanismes sont liés aux évaluations d'impact, aux détenteurs de droits fonciers légitimes et aux communautés locales, ainsi que la manière dont leurs préoccupations peuvent être mieux pris en compte – voir les paras. 7.7, 7.8, 7.9;
- les différents types et formes de ces mécanismes – voir le para. 7.10;
- les bonnes pratiques, qui fournissent des orientations pour la mise en place et la mise en œuvre de mécanismes de réclamation efficaces – voir les paras. 7.17, 7.18.

En ce qui concerne les mécanismes de règlement des différends, considérer et préciser si nécessaire:

- l'importance de l'accès à un recours effectif et de la prévision contractuelle d'un tel recours, avec une compréhension de ce qui peut être convenu par les parties – voir les paras. 7.21, 7.22, 7.25;
- la manière dont l'inégalité du pouvoir de négociation peut affecter cet accord, les différents fors disponibles et la participation des non-parties, le for par défaut et le consentement – voir les paras. 7.24, 7.26, 7.27, 7.28.

Pour le règlement non judiciaire des litiges, il convient d'examiner et de préciser si nécessaire:

- en choisissant une ou plusieurs des options suivantes adaptées aux circonstances particulières – notamment le recours à l'avis d'expert

pour les différends qui ne soulève que des questions de fait, la négociation ou la médiation, et l'arbitrage, ce dernier pouvant être fondé sur un contrat ou un traité – voir les paras. 7.30, 7.31;

- choisir un mécanisme de règlement non judiciaire des différends, en veillant particulièrement à inclure toutes les autres parties prenantes et les tiers bénéficiaires – voir les paras. 7.35, 7.38.

Pour le règlement judiciaire des litiges, considérer et préciser si nécessaire:

- examiner si les tribunaux de l'État dans lequel les terres sont situées (c'est-à-dire l'État hôte) ont une compétence exclusive pour les litiges concernant les terres, ainsi que pour les différentes demandes et procédures devant ces tribunaux nationaux, et si certaines demandes pourraient être soumises à des tribunaux internationaux ou régionaux – voir le para. 7.49.

En ce qui concerne l'exécution des règlements ou des décisions réglant un différend:

- examiner les différents moyens par lesquels une transaction ou une décision pourrait être exécutée afin de garantir qu'un régime d'exécution efficace soit disponible, si nécessaire, pour fournir une véritable réparation – voir les paras. 7.60, 7.61, 7.62, 7.64.

ANNEXE II – INDEX

(Les entrées renvoient aux paragraphes des chapitres indiqués)

Accords concédants-investisseurs

définition, 2.32

Voir aussi Accords contractuels

Accords contractuels

accords investisseurs-concédants, 2.32

contrats multipartites, 2.34-2.36

contrats tripartites, 2.36

accords de développement

communautaire, 2.37-2.42

agriculture contractuelle, 4.94

système de culture hors sol, 4.97

avec des bénéficiaires tiers, 2.43-2.48

Accords de développement communautaire

2.37-2.42

Voir aussi Accords contractuels

Activités de suivi

accords, 4.161-4.165

objet des activités de suivi, 4.161

méthodes, 4.162

autosurveillance des investisseurs, 4.163

suivi par le concédant, 4.164

suivi indépendant, 4.165

rapports et transparence, 4.166-4.181

Analyses d'impact

pertinence, 3.42

orientations, 3.43-3.45

éléments essentiels, 3.46

environnemental, 3.48-3.52

social, 3.53

droits de l'homme, 3.56-3.66

Arbitrage

définition, 7.38

sentences finales, 7.47

consentement à l'arbitrage, 7.38

accord d'arbitrage, 7.39-7.40

participation de non-parties, 7.41

principe d'autonomie, 7.39

arbitrage fondé sur des traités, 7.42-7.44

intérêt public et transparence, 7.45

aspects procéduraux particuliers, 7.43

aspects de fond particuliers, 7.44

Voir aussi Règlement non judiciaire des différends

Assurances

clauses contractuelles, 4.150

atténuation des risques, 5.74

Bonne foi

définition, 1.13

importance, 3.68

conditions, 3.89

renégociations, 4.52, 5.29

coopération, 5.9

accord connexe, 2.41

révision périodique, 4.67

obligation d'atténuation, 5.46

Changements de circonstances

définition, 5.30

approche en droit interne, 5.31, 5.32

approche dans le contrat, 5.35, 5.36

prestation à fournir, 5.34

adaptation du contrat par le juge, 5.31

Voir aussi Hardship

Communauté locale

définition, Intro. 27, 2.28

en tant que concédant, 2.24

comprenant les peuples autochtones, 2.29

accès à l'expertise et au soutien juridique, 3.13

évaluation des terrains, 3.38

équipe de négociation, 3.84

situations dérivant de contrats

investisseurs-communautés, 7.4

Concédants

définition, Intro. 25

gouvernement en tant que concédant, 2.22, 2.23
communauté locale en tant que concédant, 2.24
propriétaires fonciers privé en tant que concédants, 2.24
durée de l'octroi, 4.47-4.49
obligations, 4.174-4.177
Voir aussi Parties et Acteurs concernés

Conditions

suspensives et résolutoires, 3.88
bonne foi, 3.89
durée contractuelle, 4.49

Consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause

définition, 3.15
application, 3.16
éléments, 3.17
implications, 3.18
Peuples autochtones, Intro. 23, 2.29, 3.18
contenu contractuel, 4.2
fonds de développement communautaire et infrastructure sociale, 4.106
détenteurs légitimes de droits fonciers, 6.13

Consultations

qualité, 3.6
consultations *ex ante*, 3.7
communication à double sens, 3.8
déséquilibres de pouvoirs existants entre les différentes parties, 3.9
participation active, libre, efficace, significative et informée, 3.10
accès à l'information, 3.11
traduction, 3.12
accès à l'expertise et au soutien juridique, 3.13
consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC), 3.15-3.19
évaluation des terrains, 3.35
formation du contrat, 3.67
inclusivité, 3.81
Voir aussi Consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, Négociations

Contrats d'investissement en terres agricoles (CITA)

définition, Intro.19
distinction des ventes, Intro.14
développement de projets, 4.39-4.46
conditions, 3.88-3.89
 suspensives et résolutoires, 3.88
contenu, 3.87, 3.90, 4.2
liberté contractuelle, 1.2, 3.86, 3.87
 limitation de, 5.71
 violation de, 3.90
 disparité évidente, 3.87
 interprétation, 3.87
forme, 3.85
 accord écrit, 3.85
 violation de la forme requise, 3.90

Contravention au contrat

définition, 5.41
proportionnalité, 5.8
comportement de la partie lésée, 5.43-5.47
 contribution à l'inexécution, 5.45
 obligation d'atténuation, 5.46, 5.47
 fait de la partie lésée, 5.44
aperçu des moyens, 5.48-5.72
 moyens en nature, 5.49-5.56
 mesures correctives, 5.54
 droit à la correction, 5.54-5.56
 droit à l'exécution en nature, 5.51, 5.52
 suspension de l'exécution des obligations, 5.50
 moyens pécuniaires, 5.57-5.72
 dommages-intérêts, 5.61-5.71
 clauses pénales, 5.70, 5.71
 intérêts et indemnités de retard, 5.72
 réduction de prix, 5.58-5.60
renégociation et adaptation du contrat, 5.73-5.75
résiliation, 5.76-5.84
 inexécution fondamentale, 5.78
 dommages-intérêts, 5.84
 clauses pénales, 5.79
 totale ou partielle, 5.81
 effets, 5.82
Voir aussi Inexécution

Contributions monétaires

définition, 4.57
revenus, 4.58
dispositions contractuelles, 4.59
solutions, 4.60-4.64

compromis, 4.61
méthodes de calcul des revenus
fixes, 4.62
partage des bénéficiaires, 4.63
entreprises conjointes, 4.64
calendrier et forme, 4.65
capitalisation, 4.66

Coopération

inexécution, 5.9
mise en œuvre et surveillance ,
4.142
accords de développement
communautaire, 2.41
bonne foi, 3.89
droit ou obligation de renégocier, 5.29
contribution de la partie lésée à
l'inexécution, 5.45
obligation d'atténuation, 5.46

Détenteurs des droits fonciers légaux

définition, Intro. 29
en tant que concédants
définition, 2.21
gouvernement et autorité
gouvernementale, 2.22-2.23
communauté locale et propriétaires
fonciers privés, 2.24
droits de la propriété, 1.25

Détenteurs des droits fonciers légitimes

définition, Intro. 30, 2.4
relation avec les détenteurs de
droits fonciers légaux, 2.5
égalité de genre, 2.6
diligence raisonnable, 3.5
implication dans la contractualisation,
2.7, 2.25, 2.26, 2.33
dans les contrats multipartites,
2.34-2.36
dans les accords de développement
communautaire, 2.37
en tant que tiers bénéficiaires, 2.43-
2.48

Développement de projets

en général, 4.39
paramètres, 4.40
objectifs, 4.41
mise en conformité, 4.42
mise en œuvre, 4.43, 4.145-4.159
indicateurs de performance, 4.44
incitations, 4.45

Voir aussi Durée du contrat,
Renouvellement du contrat

Diligence raisonnable

définition, Intro. 35
importance, 3.3
processus et éléments, 3.4
liés aux droits fonciers légitimes, 3.5
liés au cadre juridique, 1.7
liés aux investisseurs et tiers
bénéficiaires, 2.47
liés aux propositions
d'investissement,
offres non sollicitées, 3.29
sélection des investisseurs, 3.32
expropriation, 3.40
droits de l'homme, 3.59, 3.66
formation du contrat, 3.71
droits fonciers et droits connexes,
4.11
contenu local, 4.88
protection de l'environnement,
4.110, 4.112
troubles civils, 5.38
transfert des obligations, 6.13

Domaines pertinents du droit

droit général des contrats et des
obligations, 1.22
principes généraux du droit
administratif, 1.23
transparence et lois anti-corruption,
1.24
droit foncier et droit de la propriété,
1.25
droit des investissements, 1.26
droit fiscal, 1.27
pratiques comptables standards,
1.28
droits de l'homme, 1.29
droit du travail, 1.30
droit de l'environnement, 1.31
responsabilité sociale des
entreprises, 1.32
Voir aussi Loi applicable

Durée du contrat

définition, 4.47
durée établie par la législation, 4.48
durée contractuelle, 4.49

Environnement

Introduction, 4.108

obligations environnementales des investisseurs
droit applicable, 4.109
prévenir la pollution, 4.113
approche écosystémique, 4.114
protéger l'eau, 4.115
prévenir la dégradation des sols, 4.116
conserver la biodiversité, 4.117
interdiction de certains produits chimiques, 4.118
connaissances traditionnelles, 4.119
changement climatique, 4.120
gestion des déchets, 4.121
surveillance et rapports, 4.122
fermeture du projet, 4.123

Études de faisabilité

définition, 3.21, 3.22
justification, 3.23, 3.24
plans d'affaires, 3.25
évaluations des terrains, 3.34
infrastructure, 4.25
développement de projets, 4.41
transformation locale, 4.85
cultures hors sol, 4.97, 4.98

Évaluation des terrains

approche, 3.34
évaluation, 3.35
évaluation non marchande, 3.36-3.37

Évaluations d'impact environnemental

définition, 3.48
approche intégrée, 3.49, 3.50
évaluation environnementale stratégique, 3.51
consultation publique, 3.52

Évaluations d'impact social

définition, 3.53
contribution au développement durable, 3.54
analyse de l'impact sur le genre, 3.55

Évaluations de l'impact sur les droits de l'homme

objectif, 3.56
importance, 3.57
devoir de l'État, 3.58
droits couverts, 3.60

évaluation de l'impact sur le droit à l'alimentation, 3.62, 3.63
impact sur les droits de propriété intellectuelle, 3.64
flexibilité, 3.65, 3.66

Excuses pour inexécution

survenance d'événements, 5.12
permissivité, 5.13
loi applicable, 5.13-5.14
titulaires légitimes de droits fonciers, 5.15
force majeure, 5.17-5.29
changements de circonstances, 5.30-5.36
contrats investisseur-gouvernement, 5.37-5.40
troubles civils, 5.38
situations de nécessité, 5.39
Voir aussi Changements de circonstances, Force majeure, Hardship

Exécution des règlements ou décisions

introduction, 7.60
par l'intermédiaire des autorités publiques, 7.61
par des moyens privés, 7.62
à l'encontre du gouvernement, 7.63
immunité souveraine, 7.64
application efficace, 7.65
exécution, 7.48

Expropriation

définition, 3.39, 4.130
diligence raisonnable, 3.40
évaluation, 3.41
circonstances, 4.131
indemnisation, 4.132
clauses contractuelles, 4.133

Force majeure

notion générale, 5.17, 5.20
droit applicable, 5.18
clauses de force majeure, 5.19
événements constitutifs, 5.21-5.24
événements naturels, 5.22
conflits avec les communautés locales, 5.23
actes du gouvernement, 5.24
conséquences, 5.25-5.29
charge de la preuve, 5.26

suspension de l'exécution, 5.27
résiliation, 5.28
droit ou obligation de renégocier, 5.29
obligation d'atténuation, 5.46-5.47
obligation de notification, 5.27
mécanismes d'atténuation des risques, 5.74
Voir aussi Changements de circonstances, Coopération

Formation du contrat

étapes, 3.67
bonne foi, 3.68
négociations, 3.70-3.84
forme, 3.85-3.86
contenu, 3.87
conditions, 3.88-3.89
Voir aussi Négociations, Bonne foi, Coopération

Forme

du contrat, 3.85, 3.86
conséquences de la violation, 3.90

Gouvernement

définition, Intro. 26
différence de communauté locale, Intro. 27
gouvernement en tant que concédant, 2.22, 2.23
représentation, 2.23
agences gouvernementales, 2.30
relation avec des tiers bénéficiaires, 2.46
équipe de négociation, 3.83
protection des investissements, 4.125-4.147
permis et licences, 4.146-4.147
actes du gouvernement, 5.24
terres appartenant à l'État, 6.17
contrats investisseur-gouvernement, 5.37-5.40
exécution à l'encontre du gouvernement, 7.63
Voir aussi Protection des investissements

Guide juridique sur les contrats d'investissement en terres agricoles

rôle dans les investissements agricoles responsables, Intro. 1-8
comment l'utiliser, Intro. 12

aperçu et objectif, Intro. 9-13
champ d'application, Intro. 14-18
formes contractuelles couvertes, Intro. 19-22
parties et acteurs impliqués, Intro. 23-30

Hardship

5.30-5.36
Voir aussi Changements de circonstances

Inexécution

vue d'ensemble, 5.1
plan d'intervention, 5.2
concepts d'inexécution, 5.5-5.6
cas excusés de responsabilité, 5.7
surveillance et mesures correctives, 5.10
lien avec le règlement des différends, 5.11
inexécution par l'investisseur de ses obligations, 5.86 Tableau 1
inexécution par le concédant de ses obligations, 5.86 Tableau 2
détenteurs de droits fonciers légitimes en tant que tiers bénéficiaires 2.48
violation de la forme ou du contenu requis, 3.90
violation concernant
 infrastructure, 4.33
 développement du projet, 4.46
 cultivateurs sous-traitants, 4.99
 fonds de développement communautaire et infrastructures sociales, 4.106
 obligations environnementales, 4.124
 divulgaration non autorisée d'informations confidentielles, 4.181
 transfert de la personne de l'investisseur, 6.22
fin de contrat et résiliation, 6.27
Voir aussi Coopération, Excuses pour non-exécution, Recours en cas de violation, Renégociation, Résiliation

Informations confidentielles

définition, 4.178, 4.179
suppressions, 4.180
divulgaration non autorisée, 4.181
importance de la transparence, 3.33

communication des rapports et des informations connexes, 4.173, 4.176

Investisseurs

définition, Intro. 24
sociétés, 2.15
entreprises d'État, 2.16
fonds de patrimoine, 2.16
nationalité, 2.17
chaîne d'investissement, 2.20
tiers bénéficiaires, 2.47
obligations
divulgarion, 2.18, 2.19
régime foncier, 4.5-4.52
économiques, 4.53-4.107
contributions monétaires, 4.57-4.67
obligations d'accès à l'emploi, 4.68-4.82
contenu local, 4.88-4.91
transformation locale, 4.85-4.87
collaboration avec des petits producteurs ruraux, 4.54, 4.92, 4.97-4.103
fonds de développement communautaire et infrastructures sociales, 4.104-4.107
obligations environnementales, 4.111-4.124
informations confidentielles, 4.178-4.181
obligations sociales et respect des droits de l'homme, 3.59

Voir aussi Parties et acteurs concernés, Protection des investissements, Propositions d'investissement

Loi applicable

liberté contractuelle, 1.2, 3.86, 3.87
règles impératives, 1.3
systèmes coutumiers, 1.4
normes non contraignantes, 1.5
domaines pertinents du droit, 1.21-1.32
droit administratif, 1.23
droit du travail, 1.30
droit de la propriété, 1.25
droit fiscal et régime financier standards, 1.27-1.28
droits de l'homme, 1.29
droit sociale, 1.32
droit de l'environnement, 1.31

droit des investissements, 1.26
lois anti-corruption, 1.24
Voir aussi Sources du droit interne, Sources du droit international

Mécanismes de réclamation

définition, 7.6
types de conflits, 7.2-7.4
objectif, 7.8
bonnes pratiques, 7.18
formes, 7.10
mécanismes de réclamation relevant des investisseurs, 7.13
mécanismes de réclamation multiétatiques liés à des traités, 7.11
mécanismes de réclamation des parties prenantes, 7.14, 7.15
mécanismes de réclamation relevant de l'État, 7.12
mécanismes de réclamation supervisés par un tiers, 7.16
lien avec les études d'impact et les communautés locales, 7.7

Mise en œuvre du contrat

permis et licences, 4.146, 4.147
assurances, 4.148-4.150
garanties de bonne exécution, 4.151-4.153
garanties de bonne exécution environnementales, 4.154-4.156
notification et examen périodique, 4.157, 4.158
Voir aussi Examen périodique, Renégociations

Négociations

en général, 3.70-3.84
définition, 3.70
participation, 3.71
procédures, 3.72
clause d'intégralité du contrat, 3.73
validité, 3.75-3.78
représentation et assistance, 3.79-3.84
lien avec les négociations, 3.14
négociation d'un accord connexe, 2.40
Voir aussi Validité, Renégociations

Parties

définition, Intro. 23
importance de l'identification, 2.8

cartographie des parties prenantes, 2.9-2.13
représentation, 2.11
investisseurs, Intro. 24, 2.14-2.20
concedants, Intro. 25, 2.21-2.24
détenteur de droits fonciers légaux, Intro. 29
détenteur de droits fonciers légitimes, Intro. 30, 2.25, 2.26
autres parties prenantes, 2.27-2.31
 communauté locale, Intro. 27, 2.28
 peuples autochtones, 2.29
 agences gouvernementales, 2.30

Parties prenantes

acteurs au sein de CITA, 2.3
importance de l'identification, 2.8
cartographie, 2.9, 2.10
questions clés, 2.12
Voir aussi Parties, Investisseurs, Concedants, Détenteurs de droits fonciers légitimes, Détenteurs de droits fonciers légaux, Gouvernement, Communauté locale, Peuples autochtones

Peuples autochtones

acteurs concernés, 2.29
Principe CPLCC, 3.10, 3.15-3.18
évaluations des terrains, 3.38
évaluations d'impact social, 3.53
protection des connaissances traditionnelles, 4.119
transfert, 6.13

Plans d'affaires

définition 3.25
informations financières, 3.26
lien avec les analyses d'impact, 3.27

Programmes de sous-traitance

exigences contractuelles, 4.99-4.101
ventes parallèles, 4.102
protection des cultivateurs, 4.103

Propositions d'investissement

définition, 3.28
offres non sollicitées, 3.29
offres sollicitées, 3.30
appel d'offres, 3.31
sélection, 3.32

Protection des investissements

règles applicables, 4.125-4.127
autonomie réglementaire, 4.125
expropriation, 4.129-4.133
sécurité physique, 4.134-4.136
clause de stabilisation, 4.137-4.140
Voir aussi Expropriation

Questions précontractuelles

diligence requise, 3.3-3.5
consultations, 3.6-3.19
 qualité, 3.6-3.14
 consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, 3.15-3.19
études de faisabilité, 3.21-3.24
plans d'affaires, 3.25-3.27
propositions d'investissement, 3.28-3.33
évaluation des terrains, 3.34-3.41
analyses d'impact, 3.42-3.47
 environnemental, 3.48-3.52
 social, 3.53-3.55
 droits de l'homme, 3.56-3.66
formation du contrat, 3.67-3.90
 négociations, 3.70-3.84
 forme, contenu et conditions, 3.85-3.90

Rapports

4.166-4.181
investisseurs, 4.169-4.173
concedants, 4.174-4.177
Voir aussi Informations confidentielles

Régime foncier

loi applicable, 4.5
identification des terres, 4.6-4.10
 terrain supplémentaire, 4.8
 clause d'option, 4.9
 clause de préférence, 4.10
droits fonciers, 4.12-4.19
 utilisation des terres, 4.13
 accès et contrôle des terres, 4.14
droits à d'autres ressources, 4.15-4.18
 ressources en surface, 4.16
 ressources du sous-sol, 4.17
 eau, 4.18
droits retenus, 4.19
droits connexes, 4.20-4.38

accès aux installations et aux services, 4.21-4.24
infrastructure, 4.25-4.33
importation, 4.35
exportation, 4.36
accès au marché, 4.37
transport, 4.38

Règlement des différends

considérations d'ordre général, 7.22-7.29

accès à un recours effectif, 7.25

description, 7.20

forums 7.26, 7.27

consentement pour d'autres forums, 7.28

consentement en dehors du contrat, 7.29

participation de non-parties, 7.26

inexécution, 7.20

loi applicable, 7.23

exécution 7.60-7.63

immunité souveraine, 7.64

moyens, 7.60

par des moyens privés, 7.62

par l'intermédiaire des autorités publiques, 7.61

à l'encontre du gouvernement, 7.63

facteurs déterminants pour le choix

circonstances du différend 7.20

accord sur un mécanisme de

règlement des différends, 7.22

conflits dérivant de contrats

investisseurs-communautés, 7.4

conflits dérivant de contrats

investisseurs-gouvernements, 7.3

impact au-delà des parties

contractantes, 7.2

Voir aussi Exécution, Règlement

judiciaire des différends, Règlement

non judiciaire des différends

Règlement judiciaire des différends

loi applicable 7.49

sélection du for, 7.50, 7.52

procédures, 7.51

droit à un procès équitable, 7.51

tribunaux nationaux, 7.53-7.56

investisseurs, 7.54

non-parties, 7.56

autres parties contractantes, 7.55

tribunaux régionaux et
internationaux, 7.57-7.59
protection diplomatique, 7.59

Règlement non judiciaire des différends

lien avec le règlement non judiciaire
des différends, 7.30

avantages, 7.30

arbitrage, 7.38-7.48

conciliation, 7.35

avis d'expert, 7.31-7.34

médiation, 7.37

négociation, 7.36

Voir aussi Arbitrage

Renégociation

renouvellement, 4.52

révision périodique, 4.158, 4.159,
5.75

adaptation du contrat, 5.75

modifications et renégociations, 4.159

suivi, 5.10

droit ou obligation de renégocier, 5.29

hardship, 5.31, 5.35

comme moyen en cas de

contravention au contrat, 5.73-5.75

Renouvellement du contrat

en général, 4.50

renégociations, 4.52, 4.159

Voir aussi Retour/ Renégociation

Résiliation

comme moyen en cas d'inexécution,
5.76-5.84

inexécution fondamentale, 5.78

clauses pénales, 5.79

procédure 5.80

résiliation totale ou partielle, 5.81

effets, 5.82

obligations de transformation, 5.83

dommages-intérêts, 5.84

restitution des biens, 6.27, 6.28

force majeure, 5.25, 5.28

hardship, 5.31

suspension de l'exécution, 5.27

Résiliation du contrat

5.76-5.84

Voir aussi Résiliation

Restitution

Lien avec renouvellement, 4.51
circonstances, 6.26-6.37
exigences et conditions, 6.28 – 6.37
cadre juridique, 6.28
clauses contractuelles, 6.29
actifs à restituer, 6.30-6.37
 bâtiments et infrastructures, 6.35
 cultures, 6.34
 matériel d'équipement, 6.36
 terres, 6.32
 propriété publique et privée, 6.31
 transfert de technologie, 6.37
 arbres, 6.33
coûts et responsabilités, 6.38-6.40
 responsabilité en cas de
 détérioration, 6.39
 obligation de restitution, 6.38
délai de restitution, 6.40
Voir aussi Renouvellement du
contrat, Résiliation

Révision périodique

définition, 4.158
importance, 4.158
dispositions dans le contrat, 5.75
renégociations, 5.75
lien avec les obligations pécuniaires,
4.67
Voir aussi Suivi, Renégociation

Sources de droit internes

importance, 1.10
systèmes juridiques nationaux, 1.11
législation et décisions judiciaires,
1.12
principaux généraux, 1.13
règles coutumières, 1.14
 reconnaissance des règles
 coutumières, 1.15
Voir aussi Loi applicable

Sources internationales

traités internationaux, 1.16
droit international coutumier et
principes généraux, 1.17
décisions judiciaires, 1.18
instruments de droit non
contraignants, 1.19, 1.20
 émis par des organisations
 intergouvernementales, 1.19
 autres documents internationaux,
1.20

Tiers bénéficiaires

définition, 2.43
reconnaissance et droits, 2.44
coûts de la participation, 2.45
lien avec les gouvernements, 2.46
lien avec les investisseurs, 2.47
recours en cas de violation, 2.48
Voir aussi Accords contractuels

Transfert

définition, 6.2
loi applicable, 6.2-6.25
justification économique, 6.3
types de, 6.4
cadre juridique, 6.5, 6.6
restrictions, 6.9, 6.16-6.19
validité et efficacité, 6.9-6.15
de la personne de l'investisseur, 6.20-
6.24

Validité

3.75-3.78
capacité, 3.76
consentement, 3.76
fraude et erreur, 3.77
contrainte et influence induite, 3.78

